

تكملة البحر الرائق

شرح

كنز الدقائق

للإمام العلامة الشيخ محمد بن حسين بن علي
الطوري القادري الحنفي
المتوفى بعد سنة ١١٣٨هـ

ضبطه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ زكريا عميرات

الجزء الثامن

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإجارة

كتاب الإجارة

لما فرغ من بيان تمليك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان تمليك المنافع بعوض وهو الإجارة، وقدم الأول على الثاني لأن الأعيان مقدمة على المنافع، ولأن الأولى فيها عدم العوض والثانية فيها العوض، والعدم مقدم على الوجود. ثم لعقد الإجارة مناسبة خاصة بفعل الصدقة من حيث إنهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الإجارة متصلاً بفعل الصدقة. وقال صاحب العناية: وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة وذات أفراد فإن لها نوعين: نوع يرد على الأعيان كاستئجار الدور والأراضي، ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للأعمال نحو الخياطة والقصارة اهـ. وسيبين المؤلف أن المنفعة تارة تصير معلومة ببيان المدة، وتارة تصير معلومة بالتسمية، وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة. ولو قال المؤلف كتاب الإيجار لكان أولى لأن الذي يعرف هو الإيجار الذي هو بيع المنافع لا الإجارة التي هي الأجرة. قال رحمه الله تعالى: **(هي بيع منفعة معلومة بإجرة معلومة)** فقوله «بيع» جنس يشمل بيع العين والمنفعة وهو وإن كان جنساً كما يكون مدخلاً يكون مخرجاً كما تقرر في المعقولات، فخرج به العارية لأنها تمليك المنافع، والنكاح لأنه تمليك البضع ليس بمنفعة. وخرج بقوله «منفعة» بيع العين وقوله «بإجرة معلومة» تمام التعريف. ولا يخفى أن بيع مصدر باع والمصدر هو المعنى القائم بالذات، وجاز أن يراد به اسم المفعول وهو المبيع، وسواء أريد المصدر أو اسم المفعول لا يصلح ما ذكر تعريفاً للإيجاب لأن الإيجاب والقبول والارتباط غير المعنى المصدري واسم المفعول فهذا تعريف ببعض الخواص، ولو أراد التعريف بالحقيقة لقال: هو عقد يرد على بيع إلى آخره. واحترز بذكر المعلوم عما إذا اشتمل العقد على بيع معلوم وأجرة معلومة وشيء مجهول بأن استأجر عبداً مائة معلومة بأجرة معلومة وطعامه وكسوته، وهذا لا يجوز للجهالة؛ كذا في الخلاصة. وإنما لا يصح البيع من غير أن يملك الرقبة ولو ملك المنفعة. قال في الذخيرة: وقف على قوم معينين فأجرهم القيم الوقف جاز لأنهم لا حق لهم في الرقبة وإنما حقهم في الغلة فصاروا في حق الرقبة كالأجانب إلا أنه يسقط

. . . .

حصة المستأجر لأنه لو أخذ منه يسترد له. وفي القنية: لو أجر القيم نفسه للعمل في الوقف فعمل يستحق الأجرة وبه يفتى، ولو عمل من غير عقد يستحق الأجرة وعليه العمل. والكلام في الإجارة في مواضع: الأول في معناها لغة. قيل هي بيع المنافع قال العيني وفيه نظر قال قاضي زاده: قولهم الإجارة في اللغة بيع المنافع قال الشارح العيني فيه نظر لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطيت من كراء الأجير كما صرحوا به. قال قاضي زاده: والنظر المذكور وارد لأن المذكور في كتب اللغة إنما هو الإجارة التي هي اسم الأجرة، والذي هو بيع المنافع الإيجار لا الأجرة. قال العيني: وتجوز أن تكون الإجارة مصدراً. قال قاضي زاده: ولم يسمع في اللغة أن الإجارة مصدر. وفي المضمرات: يقال أجره إذا أعطاه أجرته والأجرة ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال آجرك الله وعظم الله أجرك. وفي كتاب العيني: أجره مملوكي وآجره إيجاراً فهو مؤجر. وفي الأساس: أجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا يقال مؤاجر فإنه خطأ وقبيح. قال: وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل اهـ. وأما دليلها من الكتاب فهو قوله تعالى حكاية عن شعيب ﴿على أن تاجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧] وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله علينا من غير إنكار. ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام «أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه». ومن الإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها. وسبب المشروعية الحاجة لأن كل إنسان لا يجد ما يشتري به العين فجوزت للضرورة. وأما ركنها فهو الإيجاب والقبول والارتباط بينهما. وأما شرط جوازها فثلاثة أشياء: أجر معلوم وعين معلوم وبدل معلوم. ومحاسنها دفع الحاجة بقليل المنفعة. وأما حكمها فوقوع الملك في البدلين ساعة فساعة. وأما ألفاظها فتنعقد بلفظين ماضيين أو يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل كقوله أجرتك وأعرتك منفعة داري سنة بكذا. وتنعقد بالتعاطي كما في البيع. وفي التتارخانية: وتنعقد الإجارة بغير لفظ كما لو استأجر داراً سنة فلما انقضت المدة قال ربها للمستأجر فرغها لي اليوم وإلا فعليك كل شهر بألف درهم فتجعل في قدر ما ينقل متاعه بأجرة المثل، فإن سكن شهراً فهي بما قال المالك إلى آخر ما ذكر. وصفتها أنها عقد لازم. وفي العناية: ويثبت في الإجارة خيار الشرط والرؤية والعيب كما في البيع اهـ. وأفاد المؤلف أن عقد الأجارة ينعقد بإقامة العين مقام المنفعة ولهذا لو أضاف العقد إلى المنافع فلا تجوز بأن قال أجرتك منافع داري بكذا شهراً وإنما يصح إضافته إلى العين. والمراد من المنفعة أن تكون مقصودة من العين فلو استأجر ثياباً ليبسطها ولا يجلس عليها ولا ينام أو دابة ليربطها في داره ويظن الناس أنها له أو ليجعلها أجنبية بين يديه أو آنية يضعها في بيته يتجمل بها ولا يستعملها فالإجارة في جميع ذلك فاسدة، ولا أجرة له لأن هذه المنفعة غير مقصودة؛ كذا في الخلاصة في الجنس الثالث من الدواب كما في البيع اهـ.

هي بيع منفعة معلومة بإجرة معلومة وما صح ثمناً صح أجرة والمنفعة تعلم ببيان

قال رحمه الله: **(وما صح ثمناً صح أجرة)** لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع، ثم إن كانت الأجرة عيناً جاز أن يكون كل عين بدلاً عن المبيع ولا ينعكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمناً كالمنفعة فإنها لا تصح ثمناً، وتصح أجرة إذا كانا مختلفي الجنس كما سيأتي. وفي الجوهرة: لو كان عبد بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من شريكه على أن يخيط معه شهراً على أن يخدم الآخر في الشهر الثاني لم يجز من جهة أن النصيبين في العبد الواحد متفقان في الصفقة، ولو كان في العبدين جاز اهـ. وإن كانت الأجرة دراهم أو دنانير لا بد من بيان القدر والصفة وأنه جيد أو رديء، وإن كانت النقود مختلفة انصرفت إلى غالب نقد البلد، وإن كانت الأجرة مكيلاً أو موزوناً يحتاج إلى بيان القدر والصفة ومكان الإيفاء. هذا إذا كان له حمل ومؤنة عند الإمام وإلا فلا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء. وإن كانت ثياباً أو عروضاً فالشرط بيان القدر والأجل الصفة لأنه لا يثبت في الذمة إلا بهذا. هذا إذا لم يكن مشاراً إليه. وفي الهداية: وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلاً فإنها إذا كانت معينة تصلح أجرة ولا تصلح ثمناً كما إذا استأجر داراً بثوب معين فإنه لا يصلح ثمناً لما تقرر في كتاب البيوع إذا الأموال ثلاثة: ثمن محض كالدراهم والدنانير، ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال، وما كان بينهما كالمكيل والموزون. قال في العناية: وفيه نظر لأن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين فإذا لم تصلح العين ثمناً كان بيعاً بلا ثمن وهو باطل. وأجيب بأن المراد بالثمن ما ثبت في الذمة وإذا كانت الأجرة فلساً فغلا أو رخص قبل القبض فالأجرة الفلس لا غير، وإن كسدت فعليه قيمة المنفعة؛ كذا عن أبي يوسف. وكذا إذا كان الثمن كيلاً أو موزوناً فانقطع عن أيدي الناس اهـ. وأما إذا كانت حيواناً لا يجوز إلا إذا كان معيناً. قال رحمه الله: **(والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة)** أي مدة كانت لأن المدة إذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز، طالت المدة أو قصرت أو تأخرت بأن كانت مضافة أو تقدمت بأن كانت متصلة بوقت العقد، ولأن المنافع لا تصير معلومة إلا بضرب المدة. وقال بعضهم: لا يجوز أن يضرب إلى مدة لا يعيش إليها عادة لأن الغالب كالمتحقق في حق الأحكام فصار كالثابت بعد فلا تجوز وبه كان يفتي القاضي أبو عصمة. وبعض العلماء، فيجوز ضرب المدة التي لا يعيش إلى مثلها، ومنهم الخصاف. قال في الخانية: رجل قال لآخر أجرتك دابتي غداً بدرهم ثم أجرها اليوم وغداً وبعد غد من غيره ثلاثة أيام فجاء الغد وأراد المستأجر الأول أن يفسخ الإجارة الثانية اختلف أصحابنا في رواية يفسخ الإجارة الثانية وبه أخذ نصير، وفي رواية ليس له أن يفسخ وبه أخذ الفقيه أو جعفر والفقيه أو الليث وشمس الأئمة الحلواني وعليه الفتوى، فيستوفي الأول مدته والثاني ما بقي له. وفي

المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة ولم تزد في الأوقاف على ثلاث سنين

الولوالجية: أجر داره إجارة مضافة بأن قال أجرتك داري مدة شوال وهما في رمضان ثم باعها من آخر فالبيع موقوف على إجارة المستأجر. وفي الخلاصة: أجرتك داري غداً فللمؤجر بيعها اليوم وتنتقض الأجارة.

قال رحمه الله: **(ولم تزد في الأوقاف على ثلاث سنين)** يعني لا يزاد على هذه المدة خوفاً من دعوى المستأجر أنها ملكه إذا تطاولت المدة. وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين أن يعقد عقوداً كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب أن فلان بن فلان استأجر وقف كذا كذا سنة في كذا كذا عقداً. وذكر صدر الإسلام أن الحيلة فيه أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يجيزه. هذا إذا لم ينص الواقف على مدة، فلو نص الواقف على مدة فهو على ما شرط، قصرت المدة أو طالت، لأن شرط الواقف يراعى؛ كذا نقله الشارح. وفي الخانية: وإن كان الواقف شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة يجب مراعاة شرطه، ولا يفتي بجواز هذه الإجارة أكثر من سنة. زاد في الذخيرة إلا إذا كانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء فحينئذ تؤجر أكثر من سنة إن لم يشترط الواقف شيئاً. قال الفقيه أبو جعفر: أجوزها في الثلاثة ولا أجوزها في أكثر من ذلك، والصدر الشهيد حسام الدين كان يقول: يفتي في الضياع بالجواز في ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف الزمان والمواضع. والمراد بعدم الجواز عدم الصحة، وقيل تصح وتفسخ؛ ذكره النسفي. وإجارة الوقف ومال اليتيم لا يجوز إلا بأجر المثل، فلو أجر بدون أجرة المثل يلزم المستأجر تمام الأجرة وعليه الفتوى؛ كذا في قاضيخان. وإذا استأجر الوقف فرخصت الأجرة لا تفسخ الإجارة، وإن زادت أجرة مثلها بعد مضي بعض المدة ذكر في فتاوى أهل سمرقند أنه لا يفسخ العقد، وذكر في شرح الطحاوي أنه يفسخ العقد ويجدد على ما زاد. ولو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخها بأن كانت مزروعة لم تحصد فمن وقت الزيادة تجب إلى انتهاء المدة. هذا إذا زادت عند الكل. قال في شرح الطحاوي: أما في الأملاك لا يفسخ العقد برخص أجرة المثل ولا بزيادته باتفاق الروايات. وفي التتارخانية في باب من يجب الأجر الجاري سئل عمن آجر منزلاً لرجل والمنزل وقف على الآخر وعلى أولاده فأنفق المستأجر في عمارة المنزل بأمر المؤجر قال: إن كان للمؤجر ولاية على الوقف كان على المستأجر أجرة مثله ولا يرجع بما أنفق، وإن لم يكن له ولاية على الوقف كان متطوعاً ولا يرجع بشيء اهـ. وقد وقعت حادثة الفتوى في واقف شرط في كتاب وقفه أن لا يؤاجر وقفه من متجوه ولا من ظالم ولا من حاكم فأجر الناظر الوقف منهم. وعجلوا الأجرة قدر أجرة المثل هل يجوز هذا العقد لأن الواقف إنما منع خوفاً على الأجرة من الضياع وعدم حصول النفع للفقراء أو لا

أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته أو بالإشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا والأجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو

يجوز؟ فأجيب بالجواز أخذاً من قول صاحب الوجيز إذا شرط الواقف مدة وإن كان نفع الفقراء في غيره يخالف شرط الواقف ويؤجره بخلافه. قال رحمه الله: **(أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته)** يعني المنفعة تعلم بالتسمية فيما ذكر من الصبغ والخياطة كما ذكر المؤلف، وكذلك استئجار الدابة للحمل والركوب، ولأنه إذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فصح العقد، ومن هذا النوع الاستئجار على العلم كالقصارة ونحوه، وبه يعلم فساد إجارة دواب العلافين في ديارنا لعدم بيان الوقت والموضع. قال رحمه الله: **(أو بالإشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا)** يعني تكون المنفعة معلومة بالإشارة كما ذكر لأنه إذا علم المنقول والمكان المنقول إليه صارت المنفعة معلومة، وهذا النوع قريب من النوع الأول.

قال رحمه الله: **(والأجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه)** يعني الأجرة لا تملك بنفس العقد، سواء كانت عيناً أو ديناً، وإنما تملك بالتعجيل أو بشرطه أو باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة، أو بالتمكن من الاستيفاء بتسليم العين المستأجرة في المدة، اهـ كلام الشارح. والظاهر من إطلاق الماتن والشارح أن الأجرة تملك بالتمكن من الاستيفاء في المدة، سواء استعملها في المدة أو لا، ويخالفه ما في الخلاصة حيث قال: استأجر دابة ليركبها إليها مكان كذا مثلاً فحبسها في بيته لم تجب الأجرة اهـ. والظاهر من إطلاق المؤلف رحمه الله تعالى أن الأجرة تجب باستيفاء المنفعة، سواء كان ذلك في مدة الإجارة أو بعد مدة الإجارة، وسواء استأجرها ليركبها في المصر أو خارجه. ويخالفه ما ذكره بعض العلماء حيث قال: ولو ذكر مدة ومسافة فركبها إلى ذلك المكان بعد مضي المدة لم تجب الأجرة اهـ. وفي العتابية: هذا إذا استأجرها ليركبها خارج المصر، ولو كان ليركبها في المصر وحبسها في بيته تجب الأجرة. قال في المحيط: والتمكن من الاستيفاء في غير المدة المضاف إليها لا يكفي لوجوب الأجرة، وكذا التمكن في غير المكان لا يكفي لوجوب الأجرة، فلو قال رحمه الله تعالى «أو بالتمكن منه في المدة واستوفى» لكان أولى. وقال الإمام الشافعي: تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لأنها عقد معاوضة. ولنا أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة لم يصر مملوكاً بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم. ولو ملك الأجرة لملكها من غير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة جواز العقد لأن المنفعة عوض لا يبقى زمانين، والمنفعة إنما جعلت موجودة في حق الإيجاب والقبول، وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها. لا يقال لو لم

....

يجعل المعدوم موجوداً في حق العقد والأجرة لما جاز الإيجار بالدين لأنا نقول: إنما جاز الإيجار بالدين لأن العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم يصر ديناً في المدة وإنما ينعقد في حق الارتباط، وعند انعقاد العقد وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً. ولو كان العقد ينعقد في حق المنفعة لما جازت الإجارة بالدين المؤجل أصلاً كما لا يجوز السلم به، ولو جاز أن يجعل المعدوم كالمستوفي لجاز ذلك في السلم أيضاً. وإذا عجلها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد. قال في العناية: واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد. والجواب أن كونه مخالفاً إما أن يكون من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة، والأول مسلم وليس شرط التعجيل باعتباره. والثاني ممنوع فإن تعجيل البدل واشتراطه لا يخالف من حيث المعاوضة. وفي المحيط: وحينئذ فللمؤجر حبس المنافع حتى يستوفي الأجرة ويطالبه بها ويحبسه وحقه الفسخ أن الحاكم يعجل اهـ. ولو أجر إجارة مضافة واشترط تعجيل الأجرة حيث يكون الشرط باطلاً ولا يلزم للحال شيء لأن امتناع وجوب الأجرة ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل، والمضاف إلى وقت لا يكون موجوداً قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط، وفيما نحن فيه إنما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وقد بطل بالتصريح، لا يقال يصح الإبراء عن الأجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح. وكذا يصح الارتهان والكفالة بها، وهذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم ليس لها أن تمنع نفسها ولو لم تملك المنفعة لمنعت نفسها لأنا نقول: لا يصح الإبراء عن الثاني لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لأنه ثابت في الذمة فجاز الإبراء عنه. والجواب على قول محمد أنه وجد سببه فجاز الإبراء عنه كالإبراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب، ألا ترى أنهما جائزان في البيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك. وإنما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار إليها لأنه أوفى ما سمى لها برضاها.

وفي المحيط: ولو وهب المؤجر أجرة رمضان هل يجوز؟ قال محمد: إن استأجره سنة لا يجوز، وإن استأجره مشاهرة يجوز إذا دخل رمضان ولا يجوز قبله. وعن أبي يوسف لا يجوز إلا بعد مضي المدة، ولو مضى من السنة نصفها ثم أبرأه عن الجميع أو وهبها منه فإنه يبرأ عن الكل في قول محمد، وعند أبي يوسف بريء عن النصف لا يبرأ عن النصف اهـ. وعبر المؤلف بقوله «لا تملك» لأن لفظ محمد في الجامع الأجرة لا تملك بنفس العقد. قال صاحب النهاية: الأجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي الملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن. والصواب أن يقال: معناه لا تملك لأن محمداً ذكر في الجامع الصغير أن الأجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤه. فإن قلت: فإذا لم يستلزم

....

نفي الوجوب نفي الملك كان أعم منه وذكر العام وإرادة الخاص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم على الأخص أصلاً. وقال صاحب الهداية: الأجرة لا تجب بالعقد. قال تاج الشريعة: أي وجوب الأداء، أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد. وقال صاحب الكفالة؛ المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء وبيان ذلك إجمالاً وتفصيلاً. أما إجمالاً فلأن الأجرة لو كانت عبداً فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد المعاني الثلاثة لا يعتق، فلو كان نفس الوجوب ثابتاً لصح الإعتاق كما في البيع اهـ. وإذا لم يتملك بنفس العقد ليس له أن يطالبه بالأجرة. وفي المحيط: لو طالبه بالأجرة عيناً وقبض جاز لتضمينه تعجيل الأجرة. وقال أيضاً: وإذا لم يوجد أحد هذه الأمور يأخذ الأجرة يوماً فيوماً في العقار، وفي المسافات كل مرحلة. وفي المنتقى: رجل استأجر دابة بالكوفة إلى الري بدراهم أي النقدين يجب على المستأجر ـ قال ـ نقد الكوفة لأنه مكان العقد فينصرف مطلق الدراهم إلى المتعارف فيها. وفي العتابية: وإذا عجل الأجرة إلى ربها لا يملك الاسترداد، ولو كانت الأجرة عيناً فأعارها ثم أودعها إلى رب الدار فهو كالتعجيل اهـ. وفي شرح الطحاوي: الأجرة لا تخلو إما أن تكون معجلة أو مؤجلة أو منجمة أو مسكوتاً عنها، فإن كانت معجلة فإن له أن يتملكها وله أن يطالب بها، وإن كانت مؤجلة فليس له أن يطالب إلا بعد الأجل، وإن كانت منجمة فله أن يطالب عند كل نجم، وإن كانت مسكوتاً عنها تقدم بيان ذلك في العقار وفي المسافة إذا امتنع من الحمل فيما بقي يجبر عليه اهـ. بالمعنى. وفي النسفية: استأجر حانوتاً مدة معلومة بأجرة معلومة وسكن فخرب الحانوت في بعض المدة وتعطل وكان يمكنه الانتقال فلم يفعل وسكن المدة تلزمه جميع الأجرة، ولو استأجره ليحمل هذا إلى موضع كذا فحمل نصف الطريق وأعاده إلى مكانه الأول فلا أجر له استأجر دابة إلى مكة فلم يركبها ومضى راجلاً، إن كان بغير عذر في الدابة فعليه الأجرة، وإن كان لعذر في الدابة لا أجر عليه. طالبه بالأجرة بعد المدة فقال قصرت في العمل فلك بعض الأجرة وقال لم أقصر فله الأجرة كاملة. استأجره ليحمل له العصير فحمله فإذا هو خمر قال أبو يوسف: لا أجر له. وقال محمد: إن علم أنه خمر فلا أجر له، وإن لم يعلم فله الأجر. وفي الذخيرة من الفصل السابع والعشرين في الاختلاف: لو اختلف المستأجر والآجر بعد شهر والمفتاح مع المستأجر وقال لم أقدر على فتحه وقال المؤجر بل قدرت على فتحه وسكنت ولا بينة لهما يحكم الحال، وإن أقاما بينة فالبينة بينة رب المنزل اهـ. وفي القنية: تسليم المفتاح في المصر مع التخلية قبض، وفي السواد ليس بقبض. وفي فتاوى الولوالجي: ولو استأجر داراً على عبد بعينه ثم وهب العبد من المستأجر قبل القبض وقال المستأجر قبلت كان ذلك إقالة. ومراد المصنف الإجارة المنجزة لأن المضافة لا تملك الأجرة فيها بشرط التعجيل. وقوله «أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه» يعني يجب الاستيفاء للمنفعة أو بالتمكن وإن لم يستوف. وفي الهداية: وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجرة وإن لم يسكن.

بالتمكن منه فإن غصبها غاصب منه سقطت الأجرة ولرب الدار والأرض طلب

قال في النهاية: وهذه مقيدة بقيود: أحدها التمكن فإذا لم يتمكن بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الأجرة. الثاني أن تكون الإجارة صحيحة فإن كانت فاسدة فلا بد من حقيقة الانتفاع. والثالث أن التمكن إنما يجب أن يكون في مكان العقد حتى لو استأجرها للكوفة فسلمها في بغداد حين مضت المدة فلا أجر عليه. والرابع أن يكون متمكناً من الاستيفاء في المدة لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لم يجب الأجرة لأنه إنما تمكن بعد مضي المدة. وفي المحيط: أمر رجلاً أن يستأجر له داراً سنة كاملة فاستأجرها وتسلمها الوكيل وسكنها هو سنة قال أبو يوسف: لا أجر على المؤجر والأجرة على المأمور. وقال محمد: الأجر على الموكل لأن قبض وكيله كقبض نفسه والمأمور غاصب للسكنى فلا يجب عليه أجر.

قال رحمه الله: **(فإن غصبها غاصب منه سقطت الأجرة)** يعني إذا غصب العين المستأجرة في جميع المدة غاصب سقطت الأجرة ولو في بعضها فبقدره لزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الأجرة كما بين. وهل تنفسخ بالغصب؟ قال صاحب الهداية: تنفسخ. وقال فخر الإسلام في فتاواه والفضلي: لا تنفسخ. فإذا أراد المستأجر أن يسكن بقية المدة ليس للمؤجر منعه اهـ. وفي قاضيخان أيضاً: جاء المغصوب منه إلى الغاصب وقال الدار داري إن لم تخرج منها فهي عليك كل شهر بمائة درهم قال محمد: إن كان الغاصب منكراً ويقول الدار لي ويسكن مدة فأقام المغصوب منه البينة أنها داره فقضى له بها لا أجر عليه، وإن كان مقراً يلزمه المسمى اهـ. وفي الولوالجية: رجل دفع ثوباً إلى قصار ليقصره بأجرة معلومة فجحد القصار الثوب ثم جاء به مقصوراً وأقر قال هذا على وجهين: إن قصره قبل الجحود له الأجر، وإن قصره بعد الجحود لا أجر له. ولو كان صباغاً والمسألة بحالها إن صبغه قبل الجحود فله الأجر، وإن صبغه بعده فرب الثوب بالخيار إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد فيه، وإن شاء ترك الثوب وضمنه قيمة ثوب أبيض اهـ. وفي التتارخانية: رجل استأجر دابة إلى مكان معلوم فلما بلغ نصف المدة أنكر الإجارة لزمه من الأجرة ما قبل الإنكار ولا يلزم ما بعده وهو قول الثاني. وقال محمد: لا تسقط عنه الأجرة بنفس الإنكار. ولو كان عبداً والمسألة بحالها وقيمة العبد يوم العقد ألفان ويوم الجحود ألف فهلك العبد في يده بعد ما مضت السنة فالأجرة لازمة وتجب كل الأجرة ويجب عليه قيمة العبد، وينبغي أن يكون هذا على قول محمد، وعلى قول الثاني لما جحد فقد أسقط الأجر. وفي المحيط: لو غرقت الأرض أو انقطع عنها الشرب أو مرض العبد سقط من الأجر بقدره لفوات التمكن من الانتفاع في المدة، ولو استأجر داراً سنة فلم يسلمها الآجر حتى مضى شهر لم يكن لأحدهما الامتناع عن التسليم في الثاني لأن الإجارة وإن كانت عقداً واحداً حقيقة لكنها عقود متفرقة

الأجرة كل يوم وللجمال كل مرحلة وللخياط والقصار بعد الفراغ من عمله وللخباز

مضافة إلى ما يوجد من المنفعة. ومن المشايخ من قال: هذا إذا لم يكن في مدة الإجارة وقت يرغب في الإجارة لأجله، فإن كان وقت يرغب في الإجارة لأجله زيادة رغبة كحانوت في سوق رواجه في بعض السنة أو دار بمكة تستأجر سنة لأجل الموسم فلم تسلم في الوقت الذي يرغب لأجله فإنه يخير في بعض الباقي دفعاً للضرر عنه اهـ. قال رحمه الله: **(ولرب الدار والأرض طلب الأجرة كل يوم وللجمال كل مرحلة)** يعني إذا وقعت الإجارة مطلقة ولم يتعرض فيها لوقت وجوب الإجرة فللمؤجر ما ذكره. والأصل فيه أن الإجارة معاوضة والملك في المنافع يمتنع ثبوته زمان العقد فكذا الملك في الأجرة على ما بينا، وكان الإمام أولاً يقول في جميع أنواع الإجارة لا تجب الأجرة حتى يستوفي المنفعة ثم رجع لما ذكر هنا، وكان القياس أن تجب الأجرة ساعة فساعة إلا أنه يفضي إلى الحرج فتركناه لهذا. وفي الخلاصة: امرأة أجرت دارها من زوجها ثم أسكنها فيها لا تجب الأجرة، ولو استأجر داراً شهراً وسكن فيها مع صاحب الدار إلى آخر الشهر فقال المستأجر لا أدفع الأجرة لعدم التخلية فعليه من الأجرة بقدر ما في يده لوجود التخلية فيها اهـ. ولو عبر بالفاء التفريعية لكان أولى ليفيد أنه متفرع على الاستيفاء والتمكن. قال حرمه الله: **(وللخياط والقصار بعد الفراغ من عمله)** يعني إذا وقعت الإجارة مطلقة عن وقت وجوب الأجرة فللعامل أن يطالب بعدما ذكر المؤلف. وأطلق في قوله «بعد الفراغ» فأفاد أنه لا فرق بينهما إذا عمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر كما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد، وذكر في المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشي: إذا خاط في بيت المستأجر تجب الأجرة له بحسابه حتى إذا سرق الثوب بعدما خاط بعضه يستحق الأجرة بحسابه، واستشهد في الأصل لهذا بما إذا استأجر إنساناً ليبني له حائطاً فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى، فهذا يدل على أنه يستحق الأجرة ببعض العمل إلا أن يشترط فيه التسليم إلى المستأجر. ونقل هذا عن الكرخي وجزم به في غاية البيان فكان هو المذهب، ففي سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلماً له بمجرد تسليم الدار، وقطع المسافة وفي الخياطة ونحوها لا يكون مسلماً إليه إلا إذا سلمه إلى صاحبه حقيقة، وفي الخياطة في منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد العمل إذ هو في منزله والمنزل في يده فلا يحتاج إلى تسليم ليده. ويعرف توزيع الأجرة بقول أهل الخبرة بها والخيط والأبرة على الخياط حيث كان العرف ذلك.

قال رحمه الله: **(وللخباز بعد إخراج الخبز من التنور)** يعني إذا أطلق الأجرة ولم يبين وقتها فللخباز أن يطالب بها بعد إخراج الخبز من التنور لأنه بأخراجه قد فرغ من عمله فيملك المطالبة كالخياط إذا فرغ من العمل حتى إذا أخبزه في بيت المستأجر لأنه صار مسلماً إليه بمجرد الإخراج فيستحق الأجرة، وإن كان في منزل الخباز لم يكن مسلماً بمجرد

بعد إخراج الخبز من التنور فإن أخرجه فاحترق فله الأجر ولا ضمان عليه وللطباخ بعد الغرف وللبان بعد الإقامة ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها

الإخراج من التنور فلا بد من التسليم إلى يده. وفي المحيط: استأجر دابة ليطحن عليها كل يوم عشرة أقفزة فوجدها لا تطيق إلا خمسة فله الخيار وعليه الأجر بحساب ما عمل من الأيام ولا يحط من الأجر شيئاً لأن الإجارة وقعت على الوقت لا على العمل فلا توزع الأجرة على العمل، وفي المسئلة إشكال على قول الإمام لأنه إذا استأجر خبازاً ليخبز له اليوم بدرهم يكون فاسداً. والفرق أن مقدار العمل في باب الطحن في العرف والعادة لا يذكر لتعليق العقد بالعمل وإنما يذكر لبيان قوة الدابة فبقيت الإجارة على القوت، وفي الخبز يذكر مقدار العمل لتعليق العقد بالعمل لا لبيان قوة الخباز فيصير العقد مجهولاً فيفسد. قال رحمه الله: **(فإن أخرجه فاحترق فله الأجر ولا ضمان عليه)** يعني إذا أخرج الخبز من التنور ثم احترق هذا إذا خبز في منزل المستأجر لأنه بمجرد الإخراج صار مسلماً ولا يجب عليه الضمان إذا هلك بعد ذلك بالإجماع لأنه هلك بعد التسليم ولو احترق في التنور قبل الإخراج قال في النهاية: يضمن لأنه جناية يده، وإن كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق الأجر بالإخراج ولا يجب عليه الضمان عند الإمام، وعندهما يجب الضمان. وإذا صار ضامناً فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه دقيقاً مثل دقيقه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب عليه الضمان كان رماداً. قال رحمه الله: **(وللطباخ بعد الغرف)** يعني للطباخ أن يطالب بالأجرة بعد الغرف لأن الغرف عليه وهذا إذا طبخ للوليمة أو للعرس، فإن كان يطبخ قدراً خاصاً فليس عليه الغرف لأن العادة لم تجربه والمعتبر هو العرف. وفي التتارخانية: وإن استأجر دابة للحمل ففي الإكاف والجوالق يعتبر العرف، ولو للركوب ففي اللجام والسرج يعتبر العرف، وفي إدخال الطعام المنزول وإخراج الحمل يعتبر العرف، وإحثاء التراب على القبر على الحفار وحمل الثوب على القصار. قال رحمه الله: **(وللبان بعد الإقامة)** يعني إذا استأجره ليضرب له لبناً في أرضه يستحق الأجرة إذا أقامه عند الإمام. وقالا: لا يستحق حتى يشرحه لأن التشريج من تمام عمله لأنه لا يؤمن عليه الفساد إلا به، ولأنه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقولهما استحسان. وللإمام أن العمل قد تم بالإقامة والانتفاع به ممكن. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا أفسده المطر ونحوه بعد الإقامة فعنده تجب الأجرة، وعندهما لا تجب. هذا إذا لبن في أرض المستأجر لأنه يصير مسلماً إليه بالإقامة أو بالتشريج على اختلاف الأصلين، ولو لبن في أرض نفسه لا تستحق الأجرة حتى يسلمه إليه. وفي الجوهرة: وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا أتلف اللبن قبل التشريج فعند الإمام هلك من مال المستأجر، وعندهما من مال الأجير. والتشريج أن يركب بعضه على بعض بعد

للأجر وإن حبس فضاع فلا ضمان عليه ولا أجر ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا

الجفاف. قال رحمه الله: **(ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للأجر)** يعني لمن ذكر أن يحبس العين إذا عمل حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع. قال في النهاية: القصار إذا ظهر عمله باستعمال النشأ كان له حق الحبس، وإن لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن اختلفوا فيه، والأصح أن له الحبس على كل حال لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله بعد أن كان هالكاً. وقال زفر: ليس له الحبس لأنه صار متصلاً بملك الآخر كما لو أمر شخصاً بأن يزرع له أرضه ببذر من عنده قرضاً فزرعها المأمور صار قابضاً باتصاله بملكه فصار كما إذا صبغ في بيت المستأجر. قلنا: اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العلم فلم يكن راضياً بهذا الاتصال من حيث إنه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الأثر في المحل إذ لا وجود للعمل إلا به فكان مضطراً إليه، وليس هذا كصبغه في بيت المستأجر لأن العين في يد المستأجر فيكون راضياً بالتسليم لأنه كان يمكنه التحرز عنه بأن يعمل في غير بيته. وفي الخلاصة: إلا إذا كانت الأجرة مؤجلة وقبل العمل فليس له الحبس اهـ. والمراد بالأثر أن يكون الأثر متصلاً بمحل العمل كالنشاء والصبغ وقبل أن يرى ويعاين في محل العمل، وثمرة الخلاف تظهر في كسر الحطب وحلق رأس العبد فليس له الحبس على الأول وله الحبس على الثاني.

قال رحمه الله: **(وإن حبس فضاع فلا ضمان عليه ولا أجر)** أما عدم الضمان فلأن العين أمانة في يده وله حبس العين شرعاً فلم يكن به متعدياً فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الأجر لأن المعقود عليه هلك قبل التسليم وهو يوجب سقوط البدل كما في البيع وهو قول الإمام أحمد. وعندهما يضمن العين لأنها كانت مضمومة عليه قبل الحبس فلا يسقط ذلك بالحبس، وصاحب العين بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له لأن العمل لم يسلم إليه، وإن شاء ضمنه قيمته معمولاً وله الأجر لأن العمل صار مسلماً إليه بتسليم بدله. ولو أتلف الأجير الثوب ويتخير صاحب الثوب في التضمين كما تقدم. وفي المضمرات: فإن حبس العين من ليس له حق الحبس فهلكت ضمنها ضمان الغاصب والمؤاجر يخير إن شاء ضمنه قيمتها معمولاً وأعطاه الأجير أجرته، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا يعطي الأجير اهـ. وفي فتاوى أبي الليث: نساج نسيج ثوباً جاء به ليأخذ الأجرة فقال له صاحب الثوب اذهب به إلى منزلك فإذا فرغنا من الجمعة دفعت لك الأجرة فاختلس الثوب من يد النساج في المزاحمة قال: إن كان الحائك دفع الثوب لربه فدفعه للحائك على وجه الرهن وهلك الثوب هلك بالأجرة، وإن دفعه إليه على وجه الوديعة فهلك هلك على الأمانة والأجر على حاله لأنه سلم العمل إلى صاحبه فيقرر عليه الأجر. وفي المنتقى: حائك عمل ثوباً لآخر فتعلق الأمر فيه ليأخذه فأبى الحائك أن يدفعه حتى يأخذ الأجرة فتخرق من يد صاحبه لا

يحبس للأجر ولا يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه وإن أطلق له أن يستأجر غيره وإن استأجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه ولا أجر لحامل

ضمان على الحائك، وإن تخرق من يدهما فعلى الحائك نصف ضمان الخرق اهـ. وفي الخانية: لو جاء الحائك بالثوب إلى صاحبه فقال له رب الثوب أمسك حتى أفرغ من العمل وأعطيك الأجر فسرق منه لا يضمن اهـ. وفي الخانية: السمسار إذا باع شيئاً من الثياب بأمر ربها وأمسك الثمن حتى ينقد الأجرة فسرق منه الثمن لا يضمن اهـ. وفي الحاوي: رجل أقرض آخر دراهم فاستأجر منه داره مدة معلومة بأجرة معلومة وجعل الأجر ببعض الدين قصاصاً ومضت مدة الإجارة هل للمقرض أن يحبس العين بعد انقضاء المدة؟ قال: ليس له المنع وفي السغناقي: لو تزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار إليها ليس لها أن تحبس نفسها عنه اهـ. وفي الولوالجية: إذا أجر داره سنة وعجل الأجرة ولم يسلم إلى المستأجر حتى مات الآجر وانفسخ العقد لا يكون للمستأجر ولاية الحبس في الأجرة المعجلة، ولو كانت الإجارة فاسدة وفسخا العقد بسبب الفساد ليس للمستأجر أن يحبس العين بالدين السابق. وفي الخلاصة: وفي الإجارة الفاسدة للمستأجر حق الحبس لاستيفاء الأجرة المعجلة. قال رحمه الله: **(ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للأجر)** يعني ليس له أن يحبس للأجر لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه، واختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصار بلا نشاء كما تقدم، وفي شرح القدوري قال أبو يوسف في الحمال إذا طلب الأجرة ما بلغ المنزل قبل أن يضعه ليس له ذلك اهـ. وفي الفتاوى: استأجر جمالاً ليحمل له إلى بلدة كذا بكذا فحمله فقال له صاحب الجمل امسكه عندك فهلك فلا ضمان عليه بلا خلاف. قال رحمه الله: **(ولا يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه)** يعني ليس للأجير أن يستعمل غيره إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لأن المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما إذا كان المعقود عليه المنفعة كما إذا استأجر رجلاً للخدمة شهراً لا يقوم غيره مقامه في الخدمة ولا يستحق به الأجر. قال رحمه الله: **(وإن أطلق له أن يستأجر غيره)** لأن الواجب عليه عمل مطلق في ذمته ويمكن الإيفاء بنفسه وبغيره كالمأمور بقضاء الدين.

قال رحمه الله: **(وإن استأجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه)** لأنه أوفى ببعض المعقود عليه فيستحق الأجر بحسابه. قال الفقيه أو جعفر الهندواني: هذا إذا كانوا معلومين حتى يكون الأجر مقابلاً لجملتهم، وإن كانوا غير معلومين يجب الأجر اهـ. وفي الخلاصة: وإذا كانوا غير معلومين فالإجارة فاسدة. وفي النهاية نقلاً عن الفضلي: إذا استأجره في المصر ليحمل له الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد؛ إن كان قال استأجرت منك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الأجر بالذهاب، وإن قال استأجرت منك حتى أحمل الحنطة من القرية لا يجب شيء لأن الإجارة على الحمل لا غير وفي

الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام إن رده للموت.

الأول على الذهاب والحمل، وعزاه إلى الذخيرة. وروى هشام عن محمد لا أجر ومثله في السفينة اهـ. كلام الشارح. وفي التتارخانية من باب ما يستحق الفارس: استأجره ليحمل له كذا كذا من المطمورة فذهب فلم يجد المطمورة استحق نصف الأجرة اهـ. فظهر أنه لا فرق كما ذكره الشارح. قال رحمه الله: **(ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام إن رده للموت)** يعني إذا استأجره ليذهب بطعامه إلى فلان بمكة أو ليذهب بكتابه إليه ويجيء بجوابه فذهب ووجد فلاناً ميتاً ورده فلا أجر له لأنه نقض المعقود عليه بالرد فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الأجر. وقال زفر: له الأجر في الطعام لأن الأجرة بمقابلة حمل الطعام إلى مكة وقد وفى بالمشروط عليه فاستحقت الأجرة وقال محمد: له الأجرة للذهاب في نقل الكتاب لأنه أوفى ببعض المعقود عليه. قلنا الأجرة مقابلة بالجواب والنقل ولم يوجد ولم يأت بالمعقود عليه فلا أجر له كما لو نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ من العمل فلو وجده غائباً فهو كما لو وجده ميتاً لتعذر الوصول إليه، ولو ترك الكتاب هناك ليوصله إليه أو إلى ورثته فله الأجر في الذهاب لأنه أتى بأقصى ما في وسعه. قال في المحيط: ولو استأجر رسولاً ليبلغ رسالته إلى فلان ببغداد فلم يجد فلاناً وعاد فله الأجر لأن الأجر بقطع المسافة لأنه أتى بما في وسعه، وأما الاجتماع فليس في وسعه فلا يقابله الأجر. وفي الخلاصة: ولو استأجره ليبلغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل إليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة ورجع فله الأجر اهـ. أقول: لعله لم يبلغ الرسالة لعدم تمكنه من التبليغ فعذره. قال في الخلاصة: والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سراً لا يرضى المرسل أن يطلع عليها غيره، أما الكتاب فمختوم. قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: لا نسلم الفرق بل هما سواء في الحكم اهـ. وفي المحيط: استأجر خياطاً ليخيط قميصاً فخاطه ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر له لأنه تلف قبل التسليم، ولا يجبر الخياط على أن يعيده، فإن كان الخياط فتقه يجبر على عوده، استأجر ملاحاً لحمل طعام إلى موضع كذا فرد السفينة إنسان فلا أجر للملاح وليس له أن يعيد السفينة، وإن ردها الملاح بنفسه لزمه الرد، ولو استأجر سفينة مدة معلومة فانقضت المدة في أثناء البحر تترك السفينة في يده إلى بلوغ ذلك المكان، ولو استأجر سفينة لحمل طعام إلى موضع كذا فلما بلغت السفينة الموضع أو بعضه ردها الريح إلى الموضع الذي اكتراها منه. قال محمد: إن كان صاحب الطعام معه فعليه الأجر كله أو بعضه بقدر ما بلغ. وإن لم يكن صاحب الطعام معه فلا أجر عليه لأنه انتقض الحمل بالرد فلم يستوف المعقود عليه، وكذا لو اكترى بغلاً إلى موضع كذا فلما سار بعض الطريق جمح فرده إلى الموضع الذي خرج منه فعليه من الكراء بقدر ما سار لأنه صار مستوفياً للمنفعة بنفسه فلا يسقط عنه البدل بعد التسليم. قيد بقوله «للجواب» لأنه لو لم يشترط الرد للجواب. قال الحدادي: ولو تركه حتى يوصله إليه حيث كان غائباً أو إلى قريبه حيث كان

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها وله أن يعمل فيها كل شيء إلا أنه

ميتاً استحق الأجر كاملاً قال: فلو شرط عليه الجواب فدفعه إليه فلم يقرأه حتى عاد من غير جواب له الأجر كاملاً لأنه أتى بما في وسعه، ولو لم يجده أو وجده ولم يدفع له بل رد الكتاب فلا أجر له، ولو نسي الكتاب هناك لا يستحق أجرة الذهاب اهـ. والله تعالى أعلم.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال في النهاية: لما ذكر مقدمات الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز. وفي غاية البيان: لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقيده، وذكر أيضاً من الأفعال ما يعد خلافاً من الأجير للمؤجر وما لا يعد خلافاً. قال رحمه الله: **(صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها)** والقياس أن لا تجوز هذه الإجارة حتى يبين ما يعمل فيها لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز حتى يبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس. وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى والمتعارف كالمشروط ولأن إجارتها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز إجارتها مطلقاً بخلاف الأراضي والثياب لأنهما يختلفان، وعبارة المؤلف أحسن من عبارة صاحب الهداية حيث زاد للسكنى لسلامته عما أورد على هذا اللفظ. قال تاج الشريعة: قوله «للسكنى» صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه لو نص على هذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى اهـ. كلامه. قال صاحب غاية البيان: ويجوز أن يتعلق قوله «للسكنى» بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وله أن يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري اهـ. وقول تاج الشريعة لو نص على السكنى ليس له أن يعمل غيرها كما سيأتي ليس بظاهر لأنه لو عمل غيرها بما هو أنفع من السكنى بأن خزن فيها براً أو غيره يجوز لأن التقييد فيما لا يتفاوت لا يعتبر، ولو استحق المستأجر من يد المستأجر وقد هلك عنده وضمنه يرجع على الذي أجره ولا أجر عليه فيما استعمله لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان. قال رحمه الله: **(وله أن يعمل فيها كل شيء)** لما ذكرنا من أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الإطلاق، وله أن يسكن غيره معه أو ينفرد ولأن كثرة السكان لا يضر بها بل يزيد في عمارتها لأن خراب المسكن بترك السكان، وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان، وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر

لا يسكن حداداً أو قصاراً أو طحاناً والأراضي للزراعة أن بين ما يزرع فيها أو قال

الحطب لأن ذلك كله من توابع السكنى. وذكر في النهاية أنه لا يدخل الحيوان في عرفنا لأن المنازل ضيقة اهـ. ويربطها على الباب فإن أجره صحن الدار ربطها في الصحن. وليس للمؤجر أن يدخل دابته الدار بعدما أجرها، ولو كان فيها بئر أو بالوعة فسدت لا يجبر على إصلاحها، ولو بنى المستأجر التنور في الدار المستأجرة فاحترق شيء من الدار لم يضمن؛ كذا في الخلاصة. وفي المحيط: وله أن يربط الدابة إن كان في الدار سعة أما إن كانت ضيقة فلا، ولو استأجر داراً على أن يسكنها وحده فله أن يترك امرأته معه لأنه شرط لا فائدة فيه اهـ. وفي الخلاصة: وإذا ربط الدابة فضربت إنساناً أو هدمت الحائط لم يضمن اهـ.

قال رحمه الله: **(إلا أنه لا يسكن حداداً أو قصاراً أو طحاناً)** لأن في نصب الرحى واستعمالها في هذه الأشياء ضراراً ظاهراً لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة. والمراد بالرحى رحى الماء والثور، وأما رحى اليد فلا يمنع منها لأنها لا تضر بالبناء. وفي الحدادي: رحى اليد إذا بنيت في الحائط يمنع منها، وله أن يكسر فيها الحطب الكسر المعتاد، وله أن يطبخ فيها الطبخ المعتاد وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار، وينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل، فظهر أن الحاصل كل ما يوهن البناء أوفيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن، وكل ما لا ضرر فيه جاز بمطلق العقد واستحقه به. ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجب عليه إذا فعل ذلك ونحن نبينه، فلو أقعد حداداً فهدم البناء بعمله وجب الضمان لأنه متعدي ولا أجر لأن الضمان والأجر لا يجتمعان، ولو لم ينهدم وجب عليه الأجر استحساناً، والقياس أن لا يجب لأن هذا العلم غير داخل تحت العقد. ووجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيصير مستوفياً للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة فصار نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها قدراً معلوماً فزاد عليها وسلمت الدابة فإنه يجب عليه الأجر. ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لأنه أنكر الإجارة، ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى. وفي الخلاصة: ولو استأجر ليقعد قصاراً فله أن يقعد حداداً إن كان ضررهما واحداً. وفي المحيط: أو كان ضرر الحداد أقل وإن كان أكثر فليس له ذلك وكذلك الرحى اهـ. قيد بالدور لأن استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية لأنه لا ينتفع به وحده. وفي القنية: ويفتي بجواز استئجار البناء وحده إذا كان ينتفع به كالجدار للسقف ولو أجره المستأجر من المؤجر لم يجز، والأصح أن العقد ينفسخ بالإجارة.

قال رحمه الله: **(والأراضي للزراعة أن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع ما شاء)** يعني يجوز استئجار الأرض للزراعة إن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما يشاء

....

لأن منفعة الأرض مختلفة باختلاف ما يزرع فيها لأنه منه ما ينفع كالبرسيم في ديارنا وما يضر كالقمح مثلاً فلا بد من بيانه أو يقول له ازرع فيها ما شئت كي لا يفضي إلى المنازعة. ولو لم يبين ولم يقل له ازرع فيها ما شئت فسدت الإجارة للجهالة، ولو زرعها لا تعود صحيحة في القياس، وفي الاستحسان يجب المسمى وتنقلب صحيحة لأن المعقود صار صحيحاً معلوماً بالاستعمال، وصار كما لو استأجر ثوباً ولم يبين اللابس ثم ألبس إنساناً عادت صحيحة لما ذكرنا. وفي القنية: استأجر أرضاً سنة على أن يزرع فيها ما شاء فله أن يزرع فيها زرعين ربيعياً وخريفياً. وفي الجوهرة: ولا بأس باستئجار الأرض للزراعة قبل ريها إن كانت معتادة للري في مثل هذه المدة التي عقد الإجارة عليها، وإن جاء من الماء ما يزرع به البعض فالمستأجر بالخيار إن شاء نقض الإجارة كلها، وإن شاء لم ينقض وكان عليه من الأجر بحساب ما روي منها اهـ. وفي القنية: ولو استأجرها ولا يمكنه الزراعة في الحال لاحتياجها إلى السقي وكري الأنهار أو مجيء الماء، فإن كان بحال تمكنه الزراعة في مدة العقد جاز وإلا فلا كما لو استأجرها في الشتاء تسعة أشهر ويمكن زراعتها في الشتاء جاز لما أمكن من المدة، أما إذا لم يمكن الأنتفاع بها أصلاً بأن كانت سبخة فالإجارة فاسدة، وفي مسألة الاستئجار في الشتاء يكون الأجر مقابلاً بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب، وقيل بما ينتفع به اهـ. واعلم أن الأرض لا ينحصر استئجارها للزراعة والبناء والغرس كما توهمه المتون فقد صرح في الهداية بأن الأرض تستأجر للزراعة وغيرها. وقال في غاية البيان: أراد بغير الزراعة البناء والغرس وطبخ والآجر والخزف ونحو ذلك من سائر الانتفاعات بالأرض اهـ. فإذا عرفت ذلك ظهر لك صحة الإجارات الواقعة في زماننا من أنه يستأجر الأرض مقيلاً ومراحاً قاصداً بذلك إلزام الأجرة بالتمكن منها مطلقاً، سواء شملها الماء وأمكن زراعتها أولاً، ولا شك في صحته لأنه لم يستأجرها للزراعة بخصوصها حتى يكون عدم ريها عيباً تنفسخ به. وفي الولوالجية: استأجر أرضاً ليلبن فيها فالإجارة فاسدة ثم هي على وجهين: إن كان للتراب قيمة ضمن قيمته وبكون اللبن له، وإن لم يكن له قيمة فلا شيء عليه واللبن له وضمن نقصان الأرض إن نقصت. وفي فتاوى قارئ الهداية: إن إجارة الأرض المشغولة بزرع الغير إن كان الزرع بحق بأن كان بأجرة لا يجوز أن يؤجر ما لم يستحصد الزرع إلا أن يؤجرها مضافة إلى المستقبل، وإن كان الزرع بغير مستند شرعي صحت الإجارة لأن الزرع في هذه الصورة واجب القلع فإن المؤجر في هذه الصورة قادر على تسليم ما أجره ويجب صاحب الزرع على قلعه سواء أدرك أم لا لأنه لا حق لصاحبه في إبقائه اهـ. والدار المشغولة بمتاع الساكن الذي ليس بمستأجر تصح إجارتها وابتداء المدة من حين تسليمها فارغة؛ كذا في القنية. وفي الخلاصة: ولو أجر الأرض المزروعة ثم سلمه بعدما فرغ وحصد ينقلب جائزاً، ولو قال المستأجر أجرت منك الأرض وهي فارغة وقال المؤجر لا بل هي مشغولة

على أن يزرع ما شاء وللبناء والغرس إن بين مدة فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة

بزرعي بحكم الحال؛ كذا في المنتقى. وفي فتاوى الفضلي: القول قول الآجر اهـ. وللمستأجر الشرب والطريق لأنه لا ينتفع بعقد الإجارة إلا بهما بخلاف المبيع لأن المقصود ملك الرقبة لا الانتفاع ولهذا صح بيع الجحش الصغير والأرض السبخة. وفي شرح الطحاوي: وإن أجر المستأجر بأكثر مما استأجره فإن كانت الأجرة من جنس ما استأجر به ولم يزد في الدار شيئاً لا تطيب له الزيادة ويتصدق بها، فإن زاد شيئاً آخر طابت له الزيادة أو أجر بخلاف جنس ما استأجر به والكنس ليس بزيادة.

قال رحمه الله: **(وللبناء والغرس إن بين مدة)** يعني جاز استئجار الأرض للبناء والغرس إن بين مدة لأن المنفعة معلومة والمدة معلومة فتصح كما لو استأجرها للزراعة. وفي المحيط: دفع أرضه لرجل ليغرس أشجاراً على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الأرض وعليه قيمة الشجر وله أجر ما عمل ولا يؤمر بقلعه، وهذه إجارة فاسدة لأنه جعل أجرة ما يخرج من العمل وعلى رب الأرض قيمة الأشجار لأنه صار مستقرضاً للأشجار منه وتقايضا لها حكماً واستقراض الأشجار لا يجوز فيكون قرضاً فاسداً فيوجب الملك إذا اتصل به القبض. وفي القنية من الوقف: ولا يجوز استئجار السبيل ليبني به غرفة لنفسه إلا أن يزيد في الأجرة ولا يضر بالبناء، وإن كان لا يرغب المستأجر إلا على هذا الوقف جاز من غير زيادة في الأجرة إذا قال القيم أو المالك أذنت له في عمارتها فعمر بإذنه يرجع عليه وعلى الوقف. هذا إذا كان يرجع نفعه إلى الوقف والمالك، وإن كان يرجع إلى المستأجر وفيه ضرر كالبالوعة والتنور فإنه لا يرجع إلا إذا شرط الرجوع. قال رحمه الله: **(فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة)** يعني إذا مضت مدة الإجارة قلع البناء والغرس وسلم الأرض إلى المؤجر فارغة لأنه يجب عليه تفريغها وتسليمها إلى صاحبها فارغة وذلك بقلعها في الحال لأنه ليس له غاية تعلم بخلاف ما إذا كانت للزراعة وانقضت المدة والزرع لم يدرك حيث يترك على حاله إلى الحصاد بأجر المثل لأن له غاية معلومة فأمكن مراعاة الجانبين، وبخلاف ما إذا مات أحد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك بحيث يترك بالأجرة على حاله إلى الحصاد وإن بطلت الإجارة فكان تركه بالمسمى وإبقاء العقد على ما كان أولى من النقض وإعادته، وبخلاف ما إذا غصب أرضاً وزرعها حيث يأمر بالقلع وإن كان له نهاية لأن ابتداء فعله وقع ظلماً والظلم يجب إعدامه لا تقريره. والقياس أن يقلع في الأمور كلها لأن الأرض ملكه فلا تؤجر بغير إذنه. ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس والزرع ما تقدم. وفي القنية والخصاف: استأجر أرضاً وقفاً ليبني فيها أو يغرس ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر أن يستبقيها بأجرة المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليه إلا القلع فليس له ذلك اهـ. ومن هنا علم حكم الاستحكار وهذا وارد على إطلاق المؤلف. وفي المحيط: وإذا

إلا أن يغرم المؤجر قيمته مقلوعاً ويتملكه أو يرضى بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا والرطبة كالشجر والزرع يترك بأجرة المثل إلى أن يدرك والدابة للركوب والحمل والثوب للبس فإن أطلق أركب وألبس من شاء وإن قيد براكب ولابس مخالف

انقضت المدة وفي الأرض غراس أو رطبة يؤمر بالقلع لأنه ليس لها نهاية. قال رحمه الله: **(إلا أن يغرم المؤجر قيمته مقلوعاً ويتملكه)** يعني إذا مضت المدة يجب عليه قلع البناء والغرس إلا أن يغرم المؤجر قيمة ذلك إلى آخره. هذا إذا كانت الأرض تنتقص بالقلع لأن الواجب دفع الضرر عنهما فيدفع الضرر عن صاحب الغرس والبناء بدفع القيمة له وعن صاحب الأرض بالتملك بالقيمة، وإن كانت لا تنتقص فليس له ذلك إلا برضا صاحبه لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم المرجح. وليس لرب الأرض أن يتملك الغراس جبراً على صاحبه إذا لم يكن في قلعهما ضرر فاحش.

قال رحمه الله: **(أو يرضى بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا)** لأن الحق لرب الأرض فيترك ذلك بأجرة أو بغير أجرة، فإن تركها عارية فله أن يؤاجرها لأجنبي. وفي القنية من الوقف: بنى في الدار بغير إذن القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع القيمة للباني ويجوز لمستأجر الوقف غرس الأشجار والكرم بغير إذن إذا لم يكن يضر بأرض الوقف، ويجوز للمتولي الإذن في أرض الوقف فيما يزيد فيها خيراً قال رحمه الله: **(والرطبة كالشجر)** وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: **(والزرع يترك بأجرة المثل إلى أن يدرك)** وقد تقدم بيانة بخلاف موت أحدهما قبل إدراك الزرع فإنه يترك بالمسمى على حاله إلى الحصاد والمستعير كالمستأجر. وفي القنية: والمراد بقول الفقهاء يترك بأجرة المثل إلى الحصاد بعقد أو بقضاء فلا يجب الأجر إلا بأحدهما وهذا يجب حفظه اهـ. قال رحمه الله: **(والدابة للركوب والحمل والثوب للبس)** يعني يجوز استئجار هذه الأشياء لما ذكر إذا عين الراكب والحمل أو أطلق لأن لها منافع معلومة. قيد بالركوب ليحترز عما إذا استأجرها كما تقدم، وباللبس ليحترز عما إذا استأجر الثوب ليزين به دكانه كما تقدم. وفي الذخيرة: استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع كذا إلى منزله وكان كلما رجع يركبها فعطبت الدابة قال أبو بكر الرازي: يضمن لأنه استأجرها للحمل دون الركوب فكان غاصباً بالركوب. وقال الفقيه أبو الليث: في الاستحسان لا يضمن لأن العادة جرت بين الناس بذلك فصار مأذوناً فيه. ثم شرع يبين أنها تارة تكون مطلقة وتارة تكون مقيدة. قال رحمه الله: **(فإن أطلق أركب وألبس من شاء)** يعني إذا أطلق له الركوب واللبس جاز له أن يركب الدابة ويلبس الثوب من شاء، والمراد بالإطلاق أن يقول على أن تركب من تشاء وتلبس من تشاء اهـ. كلام الشارح. وفسر الإطلاق بهذا تاج الشريعة وصاحب العناية والغاية، وفسر صاحب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الإطلاق بأن يقول استأجرتها للركوب ولم يزد عليه أو اللبس ولم يزد عليه. اعلم أن

ضمن ومثله ما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف بطل تقييده كما لو شرط سكنى

استئجار الدابة والثوب على ثلاثة أضرب: الأول أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب أو للبس ولم يزد عليه. والثاني أن يزيد في قوله على أن أركب من أشاء وألبس من أشاء. والثالث أن يقول على أن أركب أنا أو فلان أو ألبس أنا أو فلان. ففي الوجه الأول يفسد العقد لأن الركوب واللبس مختلفان اختلافاً فاحشاً، فإن أركب شخصاً ومضت المدة تنقلب صحيحة ويجب المسمى استحساناً لأنه ارتفع الموجب للفساد وهو الجهالة ولا ضمان عليه إن هلكت لأنه غير متعد. وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من يركب، سواء كان المستأجر أو غيره لأنه تعين من الأصل فصار كأنه نص عليه ابتداء. وفي الثالث ليس له أن يتعداه لأن التعيين مفيد فإذا تعدى صار ضامناً وحكم الحمل حكم الركوب في جميع ما ذكرنا. وفي قاضيخان: استأجرت المرأة درعاً لتلبسه ثلاثة أيام إن كان الثوب بدله كان لها أن تلبسه في الأيام والليالي، وإن كانت صيانة تلبسه في النهار وفي أول الليل وآخره وليس لها أن تلبسه كل الليل، فإن لبسته كل الليل وباتت فيه حتى جاء النهار برئت من الضمان إن لم يتخرق اهـ. وفي البقالي: استأجر دابة ليحمل عليها فحمل عليها رجلاً لا يضمن، ولو استأجر دابة ليطحن عليها وما بين مقدار ما يعمل به فإنه يجوز وله أن يعمل عليها مقدار ما تحمل. وفي المحيط: ينعقد فاسداً فإذا عمل عليها مقدار ما يحمل يعود جائزاً ويجب المسمى استحساناً، فظهر أن المشيئة في قوله «ما شاء» مقيدة بقدر حملها. وفي المحيط: استأجر ثوباً ليلبسه ليذهب إلى مكان كذا فلم يذهب إلى ذلك الموضع ولبسه في غير ذلك الموضع يكون مخالفاً ولا أجر عليه. وقال الفقيه أبو الليث: عندي أنه غير مخالف ويجب الأجر لأن هذا خلاف إلى خير وليس هذا كمن استأجر دابة ليذهب إلى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف لأن الدابة لا يجوز إيجارها إلا إذا بين المكان وفي الثوب لا يحتاج إلى بيان المكان اهـ. وفي الخلاصة: وإذا تكارى قوم مشاة ابلاً على أن المكاري يحمل عليها من مرض منهم أو من أغمي عليه منهم فهذا فاسد.

قال رحمه الله: **(وإن قيد براكب ولابس فخالف ضمن)** يعني إذا عطبت لأن التقييد مقيد فتعين فإذا خالف صار ضامناً بالتعدي لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان لا يجتمعان، وكذا الأجرة عليه إن سلم بخلاف ما إذا استأجر حانوتاً وأقعد فيه قصاراً أو حداداً حيث يجب الأجر لأنه لما سلم تبين أنه لم يخالف؛ كذا في غاية البيان. واستفيد من كلامه أنه إذا قيد ليس له الإجارة والإعارة كما إذا عمم وليس له الإيداع في الأول ولا ضرورة دون الثاني؛ كذا في فصول العمادي. كما إذا عمي الحمار في الطريق. قال رحمه الله: **(ومثله ما يختلف بالمستعمل)** يعني يضمن مثله في كل شيء يختلف باختلاف المستعمل إذا كان مقيداً وخالف لما ذكرنا من المعنى. قال رحمه الله: **(وفيما لا يختلف**

واحد له أن يسكن غيره وإن سمى نوعاً وقدراً ككر بر له حمل مثله وأخف لا أضر

بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى إذا شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره لأن التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحداد والقصار والطحان خارج كما مر. والفسطاط كالدار عند محمد، وعند أبي يوسف مثل اللبس لاختلاف الناس في نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه. قال رحمه الله: **(وإن سمى نوعاً وقدراً ككر بر له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح)** يعنى لو سمى النوع والقدر فله أن يحمل على الدابة ما هو مثله وأخف كما لو استأجر ليحمل هذه الحنطة وهي قدر معلوم فحمل مثل قدرها وما هو أخف منه كالشعير والسمسم، وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح لأن الرضا بالشيء يكون رضا بما هو مثله أو دونه عادة لا بما هو أضر منه لأنه لا فائدة في إجازة كر حنطة ومنع كر شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى قدراً من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثله وزناً ضمن لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر ما تأخذ الحنطة فصار كما لو حمل عليها قربة ماء أو حطب؛ كذا في النهاية. وقال شيخ الإسلام في شرحه: لا يضمن استحساناً. وقال: وهو الأصح لأن ضرر الشعير عند استوائهما في الوزن أخف من ضرر الحنطة لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فكان أخف عليها بالانبساط، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، ولو حمل عليها مثل وزنه حديداً أو ملحاً يضمن لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيضر بها أكثر، وكذا لا يضمن إذا حمل عليها مثل وزنها قطناً لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر وفيه حرارة، وما ذكرناه وجه الاستحسان. والقياس أنه يضمن في الشعير ونحوه. والحاصل أن الشيئين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الإذن في أحدهما الإذن في الآخر وإن كان هو أخف ضرراً من وجه آخر. وفي الأصل: إذا تكارى من رجلا إبلاً مسماة بغير عينها إلى مكة فالإجارة جائزة. قال شيخ الإسلام: ليس تفسير المسألة ما ذكرنا بل تفسيرها استأجر المكاري على الحمل فالمقصود عليه الحمل في ذمة المكاري وأنه معلوم والإبل آلة وجهالة الآلة لا توجب فساد الإجارة كما في الخياط والقصار وما أشبهة. واستدل على تفسير المسألة بما ذكر أنه لو استأجر عبداً للخدمة لا بعينه لا يجوز. قال الصدر الشهيد: ونحن نفتي بالجواز كما ذكر في الكتاب من غير تأويل. وفي الذخيرة: استأجر دابة إلى كذا ودفع له الدابة لا يجبر رب الدابة أن يرسل غلامه معها. قال محمد: يؤمر بأن يرسل غلامه معها. قال شيخ الإسلام: إن شاء لأنه لا يجبر عليه. وفي الصيرفية: استأجر دابة بعينها للحمل فحمل المكاري على غيرها لا يستحق الأجرة ويكون متبرعاً. وفي الفتاوى: تكارى دابة إلى موضع معلوم بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه فلم يرجع إلى خمسة أيام قال: يجب درهمان أجرة الذهاب لأنه مخالف في الرجوع. ولو استأجر دابة إلى مكة

كالملح وإن عطبت بالأرداف ضمن النصف وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد

فهو على الذهاب، وفي الغاية على الذهاب والرجوع. وفي فتاوى: هو استأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فمرضت فلم تطق إلا خمسين فحمل عليها هل يرجع على المكاري بحصة ذلك؟ قال القاضي بديع الدين: لا يرجع لأنه رضي بذلك. وفي جامع الفتاوى: استأجر دابة يوماً وانتفع بها فأمسكها وقد ورم بطنها أو اعتلت فتركت في الدار الذي هو فيما فماتت غرم. وفي العتابية: تكارى قوم مشاة إبلاً على أن المكاري يحمل من مرض منهم أو من أعيا منهم فالإجارة فاسدة. وفي الأصل: ولو شرطوا عليه أن يركب واحد منهم فيه ثم يركب الآخر وهكذا فذلك جائز. وفي الخلاصة: تكارى على دخول عشرين يوماً إلى موضع كذا فما دخل إلا في خمسة وعشرين يوماً قال: يحط عنه من الأجرة بحساب ذلك ويستقيم على قول أبي يوسف ومحمد اهـ. وفي الخلاصة: رجل اكترى إبلاً للحج ثم اختلفوا في وقت الخروج فالقول في ذلك قول من يريد الخروج في الوقت المعروف للخروج اهـ. وفي المحيط: تكارى دابة بغير عينها إلى موضع كذا لم يجز لأن هذا عقد واحد والمعقود عليه في كل مجهول جهالة تؤدي إلى النزاع. استأجر دابة إلى موضع كذا وضعفت قبل الوصول فعليه أن يأتي بغيرها لأن العقد لا ينفسخ في هذه الحالة، وإن كانت بعينها فليس عليه أن يأتي بغيرها فيفسخ العقد، ولو استأجر رجل دابتين بعشرة صفقة واحدة ليحمل عليها عشرين فقيزاً فحمل على كل دابة عشرة يقسم الأجر على أجر مثل كل دابة اهـ.

قال رحمه الله: **(وإن عطبت بالأرداف ضمن النصف)** يعني إذا استأجر دابة فأردف عليها غيره ضمن نصف القيمة ولا يعتبر بالثقل لأن الدابة يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فيتعلق الحكم بالعدد كالجناية في باب الجناية. هذا إذا كانت الدابة تطيق حمل الأثنين، وإن كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها؛ ذكره في الكافي. قالوا: هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وإن كان صغيراً لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله. قال في النهاية: قيد بالرديف احترازاً عما إذا حمله على عاتقه فإنه يضمن جميع القيمة لأن ثقله مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة. وقال الحدادي: الرديف مثال وليس بقيد حتى لو جعل المستأجر نفسه رديفاً وغيره أصيلاً فالحكم واحد. وفي غاية البيان: قيد بكونه رديفاً لأنه لو أقعد الأجنبي في السرج صار غاصباً ولم يجب عليه شيء من الأجرة. قال قاضيخان: استأجر دابة ليركبها إلى موضع كذا فحمل عليها صبياً صغيراً فعطبت ضمن قيمتها كما لو حمل عليها حملاً. وأطلق في ضمان النصف فشمل ما إذا هلكت قبل الوصول أو بعده قال: وعليه جميع الأجرة إذا هلكت بعدما بلغ مقصده ونصف القيمة إذا هلكت قبله. وفي المحيط: إذا عطبت بعد البلوغ من الركوب فعليه الأجر كاملاً ونصف القيمة كان الرديف أخف أو أثقل، أما الأجرة فلأنه استوفى المعقود

....

عليه، وأما الضمان فلأن التلف حصل بركوبهما ولم يبين من عليه الضمان فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الرديف وإن شاء ضمن المستأجر، فإن ضمن المستأجر لا يرجع بما ضمن، وإن ضمن الرديف يرجع إن كان مستأجراً وإلا فلا. وفي الخانية: فإذا أراد صاحب الدابة أن يضمن الرديف نصف القيمة كان له ذلك. وفي التتارخانية: استأجر دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة فأجرها من غيره فحمل عليها عشرين فتلفت يخير المالك في التضمين إن شاء ضمن الثاني ويرجع على الأول لأنه غره، وإن ضمن الأول لا يرجع على الثاني اهـ. وأقول: ينبغي أن يفصل بأنه إن علم أنه مستأجر لما ذكر ينبغي أن لا يرجع على الأول، وإن علم أنه مالك أو لم يعلم ينبغي أن يرجع. وأطلق المؤلف في الإرداف فشمل ما إذا أردف في كل المدة أو بعضها. وفي المحيط: استأجر دابة ذاهباً وراجعاً بعلفها فركبها ذاهباً وحمل عليها متاعاً وأردف آخر راجعاً فعليه أجرة مثلها في الذهاب لأن الأجارة وقعت فاسدة لجهالة العلف، وفي الرجوع ركبها اثنان فهلكت فعليه نصف القيمة ولما زاد من الحمل ويعرف ذلك بالرجوع إلى أهل الخبرة. وهذا إذا لم يركب على الحمل، إما إذا ركب عليه يضمن جميع قيمتها لأنه يحتمل ثقله وثقل الحمل عليها. ولو استأجر محمل الولد معها فتلفت ضمن بقدر الولد، وكذا لو ولدت الناقة فحمل ولدها عليها. وقيد بالعطب لأنها لو سلمت يجب عليه الأجر تماماً.

قال رحمه الله: **(وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد)** يعني إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدراً فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن ما زاد بالثقل لأنها هلكت بمأذون وغيره فانقسم عليهما. هذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك، فلو كانت لا تطيق مثله يضمن جميع القيمة لعدم الإذن فيه. هذا إذا حمل المسمى وزاد عليه، وإن حمل عليها غيره فهلكت وجب عليه جميع القيمة لعدم الإذن. قال الأكمل: ونوقض بما إذا استأجر ثوراً ليطحن عليه مقداراً فزاد فهلك يضمن جميع القيمة وإن كانت الزيادة من جنسه، وفرق بينهما بأن الطحن يكون شيئاً فشيئاً فإذا طحن القدر المسمى فقد انتهى الإذن وبطحن غيره معه فقد تعدى فيضمن جميع القيمة. قيد بكونه زاد على المعتاد لأنه إن زاد على المسافة فهلكت يضمن جميع القيمة لعدم الإذن في الزيادة. وقيد بكونه حمل عليها لأن رب الدابة لو كان هو الذي حمل عليها فلا ضمان على المستأجر. قال في الذخيرة: استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من الحنطة فجعل في الجوالق عشرين من الحنطة وأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري فهلكت لا ضمان عليه أصلاً، ولو حمل ذلك عليها رب الدابة والمستكري جميعاً ووضعاه على ظهر الدابة فهلكت الدابة ضمن المستكري ربع القيمة. هذا إذا كان في جولق واحد، ولو جعلها في جولقين وحمل كل واحد منهما جولقاً ووضعا على الدابة جميعاً لا يضمن المستأجر شيئاً ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقاً له بالعقد اهـ. وفي الخلاصة: هذا إذا حمل المستأجر أولاً، وإن حمل رب الدابة أولاً ثم المستأجر فهلكت ضمن نصف القيمة. وفي الأصل: إذا استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب

وبالضرب والكبح ونزع السرج والإكاف أو الأسراج بما لا يسرج بمثله وسلوك طريق

أكثر مما كان يلبس وركب الدابة فهلكت؛ إن لبس ما يلبس الناس فلا ضمان عليه، وإن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن ما زاد بحسابه. وفي الخانية: استأجر دابة ليركبها إنساناً فأركبها امرأة بآلة أو رجلاً بسرج فهلكت لا ضمان عليه ولا على الراكب إلا أن يعلم أن مثل الدابة لا تطيق ذلك فيضمن جميع القيمة. وفي الأصل: استأجر حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج به مثله فهو ضامن مقدار ما زاد باتفاق الروايات، وإن كان أخف من الأول أو مثله فلا ضمان عليه. هذا إذا كانت الدابة توكف بمثله، وإن كانت لا توكف بمثله يضمن جميع القيمة. وفي قاضيخان: وإن تلفت فله الأجرة تماماً، ولو علم أنها تطيق قبل فله تمام الأجرة، وإذا هلكت يضمن ولا تجب الأجرة. هذا إذا جعل الأقل والزيادة في جولق واحد، ولو جعل الزيادة في جولق منفردة وحملها ضمن القيمة. وفي المحيط: استأجر دابة ليحمل عليها امرأة فولدت فحمل ولدها معها عليها يضمن بقدر الولد. قال رحمه الله: **(وبالضرب والكبح)** أي يضمن إذا هلكت منهما. وفي المغرب: الكبح ضرب الدابة باللجام وهو أن يجذبها إلى نفسه. وهذا عند الإمام. وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلاً معتاداً لأن المطلق يدخل تحت المتعارف فكان هالكاً بالمأذون به. وللإمام أن المتعارف مقيد بشرط السلامة لأن السوق يتحقق بدونه وإنما تضرب للمبالغة، وهذا بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر للخدمة حيث يضمن بالإجماع. والفرق لهما أنه يأمر وينهي لفهمه فلا ضرورة إلى ضربه. وظاهر ما في الهداية أن للمستأجر الضرب ولا إثم عليه. وفي غاية البيان: إن ضرب الدابة يكون متعدياً للضمان وفيها موجباً أن الإمام رجع إلى قولهما. وأما ضرب دابة نفسه فقال في القنية: لا يضربها أصلاً وإن كانت ملكه ثم قال: لا يخاصم ضارب الحيوان فيما يحتاج إليه للتأديب ويخاصم فيما زاد عليه، وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الأب أو الوصي للصغير إذا لم يجاوز ضرب مثله للتأديب حيث تجب الدية والكفارة عنده، وعندهما لا تجب الدية لأن الضرب لإصلاح الصغير متعارف وفيه منفعة له فكان كضرب المعلم بل أولى بخلاف ضرب الزوج لأن لمنفعة نفسه فيشترط فيه السلام. وللإمام أن منفعة الصغير كالواقع له لقيام البعضية بينهما ألا ترى أن الشهادة له جعلت كشهادته لنفسه، وبخلاف ضرب المعلم بإذن الأب لأن الإذن من الأب صحيح لما له من الولاية، وإذا صح كأن الأب معيناً ولا ضمان على المعين. وليس له أن يضرب أخيه الصغير على ترك الصلاة. وأطلق في الضرب والكبح وهو محمول على ما إذا كان بغير إذن صاحبها ففي التتارخانية: استأجرها ليركبها فضربها فماتت. فإن كان بإذن صاحبها وأصاب الموضع لا يضمن بالإجماع. وفي العتابية: فإن عنف في السير ضمن إجماعاً، والمعلم والمؤدب واستاذ الحرفة يضمن بالضرب فإن كان بإذن لم يضمن اهـ. وفي جامع الفصولين: استأجر حماراً لحمل متاع ولم يكن صاحب المتاع معه فمرض الحمار في

غير ما عينه وتفاوتا وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الأجر وبزرع رطبة وإذن بالبر ما

الطريق فترك الحمار صاحبه وترك المتاع لم يضمن للضرورة والعذر.

قال رحمه الله: **(ونزع السرج والإكاف أو الأسراج بما لا يسرج بمثله)** يعني لو استأجر حماراً مسرجاً فنزعه وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمير أو أوكفه بذلك فتلف يضمن جميع القيمة لأن الإذن يتناول ما يسرج بمثله دون ما لا يسرج بمثله فيكون متعدياً فيضمن، وإن أسرج بسرج يسرج مثله به لا يضمن. وقوله «بما لا يسرج بمثله» قيد بالسرج لا للإكاف لأنه يضمن مطلقاً، سواء كان يوكف بمثله أو لا، وهذا قول الإمام. وقالا: الإكاف كالسرج مطلقاً لا يضمن إذا كان يوكف بمثله إلا إذا كان زائداً على السرج الذي عليه فيضمن بقدر الزيادة كما في السرج لأنه هو والسرج سواء. والجواب أن الجنس يختلف لأن الإكاف للحمل والسرج للركوب، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الآخر فصار كاختلاف الحنطة والشعير. قال في النهاية: ذكر في الإجارة أنه يضمن بقدر ما زاد وهو قولهما، فمن المشايخ من قال ليس في المسألة روايتان عن الإمام، ومنهم من قال عن الإمام روايتان: في رواية يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية يضمن جميع القيمة وهو الأصح. وتكلموا في معنى قولهما يضمن بحسابه قال بعضهم إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه، وقيل يعتبر بالوزن. قال قاضيخان: وهذا إذا استأجر الحمار مسرجاً، فلو استأجره عرياناً فالمسألة على وجوه: إن استأجره من البلد إلى البلد لا يضمن لأن الحمار لا يركب بينهما إلا بسرج أو إكاف، فإن استأجره ليركب في المصر، فإن كان من ذوات المقامات فكذلك فإنه من عادته أن لا يركب عرياناً، وإن كان من العوام الذين يركبون في المصر عرياناً ففعل يضمن اهـ. أقول: ينبغي أن يقال فيما إذا استأجر من القرية إلى القرية إن كان المستأجر ممن جرت العادة أن يركب من القرية إلى القرية عرياناً كما يشاهد في ديارنا، فإذا أسرجه يضمن وإلا فلا. وفي المحيط: استأجر حماراً بغير لجام فألجمه بلجام مثله لا يضمن لأن اللجام وضع للحفظ فلا بد للراكب منه فيصير مأذوناً للجام دلالة إلا إذا كان الحمار لا يلجم بمثله اهـ. وفي التتارخانية: ولو هلكت المستأجرة عند المستأجر فاستحقها رجل يضمن المستأجر قيمة ذلك ويرجع على المؤجر كما ضمن اهـ.

قال رحمه الله: **(وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا)** يعني يجب الضمان إذا عين للمكاري طريقاً وسلك هو غيرها وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لأن التقييد حينئذ مقيد، فإذا خالف حينئذ فقد تعدى فيضمن قيمته إن هلك، وإن لم يهلك وبلغ فله الأجر استحساناً لارتفاع الخلاف، ولا يلزم اجتماع الضمان والأجرة لأنها في حالتين. ونظيره العبد المحجور عليه إذا أجر نفسه، فإن تلف في العمل يجب على المستأجر الضمان، وإن سلم يجب عليه الأجر، وإن كان الطريق يسلكه الناس وهلك المتاع

نقص ولا أجر وبخياطة قباء وأمر بقميص فله قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجرة مثله.

فلا ضمان عليه لأن الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت. قال في الهداية والكافي: هذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لأن عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة، أما إذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فجعلاه كالطريق الذي لا يسلكه الناس. فإن قلت: ما الفرق بين هذا حيث إذا سلم يجب الأجر وبين ما إذا استأجر دابة لركوب معين. فإن ركب غيره وسلمت حيث لا أجر عليه كما في الخلاصة والحدادي والفتاوى العتابية؟ قلت: الفرق أنه هنا وافق من وجه لأن المقصود وصول المتاع إلى ذلك المكان، وهناك لم يحصل المقصود لأن المقصود ركوب المعين ولم يحصل، ولا يخفى أن قوله «وتفاوتاً» ليس بقيد احترازي لأنه لو ذهب إلى مكان غير ما عينه يضمن ولو كان أقرب. قال في الينابيع: استأجر دابة إلى موضع كذا فركبها إلى مكان أقرب منه فعطبت ضمن قيمتها اهـ. زاد في المحيط في باب الراعي: ولو سلم فلا أجر له لأن رب طريق يفسد الدابة السير فيها يوماً لصعوبتها وطريق لا يفسد الدابة السير فيها شهراً لسهولتها فاختلف جنس المنفعة فاستوفى جنس آخر فلا يجب الأجر. فهذه رواية تخالف ما تقدم. وفي الخلاصة: ولو نزل وتهيأ له الارتحال فلم يرتحل حتى أفسد المطر المتاع يضمن إلا إذا كان المطر عاماً. وفي الخلاصة: إذا أفسد المطر المتاع على ظهر الدابة أو سرق لا يضمن.

قال رحمه الله: **(وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الأجر)** يعني لو عين عليه أن يحمله في البر فحمله في البحر إن هلك القماش ضمن، وإن سلم فله الأجر. وفي الخلاصة: ولو كان البحر يسلكه الناس ولهذا أطلقه المؤلف قال الأتقاني: السماع بلغ بالتشديد وقوله الكل عائد إلى المسائل التي تقدمت كلها من قوله وبالضرب اهـ. قال رحمه الله: **(وبزرع رطبة وإذن بالبر ما نقص)** يعني إذا قيد عليه بأن يزرع حنطة فزرع رطبة يجب عليه ضمان نقصان الأرض لأن الرطبة أكثر ضرراً من الحنطة لانتشاب عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شر لاختلاف الجنس فيجب عليه النقصان بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو الحمل فأردف غيره أو زاد حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لأنه تلف بما هو مأذون فيه وبما هو غير مأذون فيه. قال رحمه الله: **(ولا أجر)** يعني ولا يجب الأجر لأنه لما خالف صار غاصباً واستوفى المنفعة بالغصب فلا تجب الأجرة لأن الضمان والأجرة لا يجتمعان، وإن زرع فيها ما هو أقل ضرراً من الحنطة لا يجب الضمان وتجب الأجرة لأنه خلاف إلى خير فلا يصير به غاصباً. وأقول: ينبغي أن يرجع قوله «ولا أجر» لجميع المسائل التي قيد فيها، والتقييد مقيد إذا خالف. قال رحمه الله: **(وبخياطة قباء وأمر بقميص فله قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجرة مثله)** يعني إذا أمره أن يخيط ثوبه قميصاً فخاطه قباء فرب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذه ودفع له أجرة مثله أي مثل القباء. القباء القرطف الذي يلبسه

باب الإجارة الفاسدة

....

الأتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد. قال ظهير الدين: القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق إذا خيط جانباه كان قميصاً. قيد بالقباء لأنه لو خاطه غير قباء لا يثبت له خيار بل يضمنه القيمة حتماً، وقيل: له الخيار في الكل. ووجه ما ذكر أنه قميص من وجه لأنه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقاً من هذا الوجه وهو مخالف من حيث القطع فيخير كما ذكرنا. وإذا أخذ القباء يدفع أجرة مثله لا يتجاوز به المسمى ولو خاطه قميصاً مخالفاً لما وصفه له يخير فإذا أخذه فله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى، ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الأصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة وهو الستر فصار كما لو دفع لرجل نحاساً وأمره أن يضرب له شيئاً من الأواني فضربه له بخلافه فإنه يخير. وفي التتارخانية: إذا أمر إنساناً أن ينقش اسمه في فص خاتمه فغلط فنقش اسم غيره ضمن الخاتم. وفي الغياثية: وإن شاء صاحب الخاتم أخذه وأعطاه مثل أجر عمله لا يزاد على المسمى، ولو دفع إلى نجار باباً وأمره أن ينقشه كذا ففعل غير ما أمره به فله الخيار كما تقدم، وإن وافق أمره إلا قليلاً فلا. وإن أجره أن يحمر له بيتاً فخضر فالمالك بالخيار إن شاء أعطاه ما زادت الخضرة فيه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته. ولو دفع ثوبه إلى صباغ ليصبغه بزعفران فصبغه بغير ما سمى فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلمه إليه، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجرة مثل عمله لا يتجاوز به المسمى. وفي الغياثية: لو اختلف في كيفية الصبغ قبل العلم مخالفاً ويفسخ العقد، وإن بعد العمل فالقول لرب الثوب. ولو دفع إلى حائك غزلاً لينسجه كذا فخالف فإما أن يكون الخلاف من حيث القدر أو من حيث الصفة، ولا يخلو إما أن يكون إلى زيادة أو نقصان، وفي الفصول كلها صاحب الثوب بالخيار إن شاء ترك الثوب وضمنه غزلاً، وإن شاء ضمنه الثوب وأعطاه أجرة المثل إلا يتجاوز به المسمى. وفي الخلاصة: رجل دفع إلى خياط ثوباً فقال اقطعه حتى يصل القدم وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا فجاء به ناقصاً، فإن كان قدر أصبه ونحوه فليس بنقصان، وإن كان أكثر يضمنه. ولو قال للخياط انظر إلى هذا الثوب إن كفاني قميصاً أقطعه وخطه بدرهم فقطعه ثم قال لا يكفيك يضمن الثوب، ولو قال انظر يكفيني قيمصاً قال نعم قال اقطعه فقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن والله أعلم.

باب الإجارة الفاسدة

لما فرغ من بيان الإجارة الصحيحة شرع في بيان الفاسدة وفي بيان ما يكون مفسداً، ولا يخفى أن ذكر الإجارة الفاسدة بعد صحيحها لا يحتاج إلى معذرة فهي في محلها كما لا يخفى. وعبر بالفاسد دون الباطل لكثرة فروعه، وذكر خلاف ما ترجم له فكان عليه أن

يفسد الإجارة الشرط وله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى فإن أجر داراً كل شهر بدرهم

يقول الفاسدة العقد المشتمل على منفعة لأحد المتعاقدين أو جهالة لأن الفقيه نظير للأحكام والفاسد ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. وبين الفاسد والباطل فرق ههنا، فالباطل ما ليس مشروعاً أصلاً وحكمه أن لا يجب فيه بالاستعمال أجر بخلاف الفاسد فإنه يجب فيه بالاستعمال الأجر؛ كذا في الحقائق. وفي جامع الفصولين: بين البيع الفاسد والإجارة الفاسدة فرق؛ فإن الفاسد من البيع يملك بالقبض والفاسد من الإجارة لا يملك بالقبض حتى إذا قبضها المستأجر لا يملكها، ولو أجرها يجب أجر المثل ولا يكون غاصباً، وليس للأول أن ينقض هذا العقد؛ كذا في الخلاصة. قال رحمه الله: (**يفسد الإجارة الشرط**) قال في المحيط: كل جهالة تفسد البيع تفسد الإجارة لأن الجهالة المتمكنة في البدل أو المبدل تفضي إلى المنازعة، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين يفضي إلى المنازعة فيفسد الإجارة. وفي الغياثية: الفساد قد يكون لجهالة قدر العمل بأن لا يعين محل العمل، وقد يكون لجهالة قدر المنفعة بأن لا يبين المدة، وقد يكون لجهالة البدل أو المبدل، وقد يكون لشرط فاسد مخالف لمقتضى العقد، فالفاسد يجب فيه أجرة المثل لا يزاد على المسمى إن سمى وإلا فأجر المثل بالغاً ما بلغ، وفي الباطل لا تجب الأجرة والعين غير مضمونة في يد المستأجر، سواء كانت صحيحة أو فاسدة أو باطلة اهـ. قال الشارح: لأنها بمنزلة البيع ألا ترى أنها تقال وتفسخ فتفسد بالشروط. وفي الخلاصة: رجل استأجر داراً شهراً بعشرة على أنه إن سكن فيها يوماً فبعشرة فسدت الإجارة، وكذا لو استأجر دابة إلى بغداد على أنه إن حمل كذا فبأجرة كذا، وإن حمل كذا فبأجرة كذا، وكذا لو استأجر أرضاً على أنه إن زرع كذا فبإجرة كذا اهـ. وفي المحيط: لو استأجر داراً بكذا على أن يعمرها فلإجارة فاسدة. ولا يخفى أن المراد بالشرط الفاسد هو الذي لا يلايم العقد كما مر في البيع. أما الشرط الملايم فإنه لا يفسد العقد. وبهذا ظهر أن الإجارة الواقعة في مصر في الوقف في زماننا على أن المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر فاسدة كما لا يخفى. قال رحمه الله: (**وله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى**) لا يخفى أن العقد الفاسد في الإجارة له حكمان: وجوب الدفع والضمان إذا انتفع، ووجوب الدفع مقدم على وجوب أجرة المثل فكان عليه أن يقدم الحكم المتقدم على المتأخر ولكن اهتم بالضمان فقدمه وترك قيداً وهو أن يقول فإن انتفع فله الأجر. وأشار بقوله «لا يتجاوز به المسمى» إلى أن الفساد ليس لجهالة المسمى أو لعدم التسمية، فلو كان الفساد لواحد منهما يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وكذا إذا كان بعضه معلوماً وبعضه مجهولاً مثل أن يسمى دابة أو ثوباً أو عشرة دراهم. والظاهر من كلام الماتن والشارح أن الفاسد إذا كان لغير جهالة المبدل لا يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ بل لا يزاد على المسمى وليس كذلك، لأنه إذا كان البدل معلوماً وفيه منفعة لأحد

صح في شهر واحد إلا أن يسمي الكل وكل شهر سكن ساعة منه صح فيه وإن

المتعاقدين يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ كذا في قاضيخان وغيره. قالوا: لو استأجر حماماً أو غيره بمال معلوم بشرط أن يرمه، وكذا إذا استأجر داراً بشرط أن لا يسكنها فالإجارة فاسدة، ويجب عليه إن سكنها أجرة المثل بالغاً ما بلغ. وقال زفر والشافعي: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ في الكل إذا كان الفساد لجهالة البدل أو لعدم التسمية، ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها لأن التقوم يستدعي سابقة الإحراز وما لا بقاء له لا يمكن إحرازه فلا يتقوم وإنما يتقوم بالعقد الشرعي للضرورة، فإذا فسدت الإجارة وجب أن لا تجب الأجرة لعدم العقد الشرعي إلا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعاً له ضرورة فيكون له قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب فيه المسمى بالغاً ما بلغ، وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم ويبقى على الأصل. قوله «وله أجر» الظاهر من قول المؤلف وله أجر مثله أنه هو الواجب وليس كذلك. قال جمهور الشارحين: الواجب الإجارة الفاسدة الأقل من أجرة المثل ومن المسمى، وهو في الذخيرة وفتاوى قاضيخان.

قال رحمه الله: **(فإن أجر داراً كل شهر بدرهم صح في شهر واحد إلا أن يسمي الكل)** لأن كلمة «كل» إذا دخلت على مجهول وأفراده غير معلومة انصرف إلى الواحد لكونه معلوماً وفسد في الباقي للجهالة كما إذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فإنه يجوز في قفيز واحد وهذا قول الإمام وهما وافقاه في الشهور وأجازاه العقد في الكل في الصبرة. والفرق لهما أن الشهور لا نهاية لها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل، وإذا تم الشهر الأول لكل واحد منهما نقض الإجارة بشرط حضور الآخر، وإن كان غائباً لا يجوز بالإجماع، وقيل يجوز عند أبي يوسف. قال تاج الشريعة: لو كان فاسداً فيما بقي من الشهور لجاز الفسخ في الحال قال: قلت الإجارة من العقود المضافة وانعقاد الإجارة في أول اشهر فقيل الانعقاد كيف تفسخ اهـ. ولقائل أن يقول أنتم قررتم في الأجارة الصحيحة أنها تنعقد ساعة فساعة وجاز الفسخ فيها بقدر ما بقي من المستقبل ينبغي أن يكون هنا كذلك. واختلف المشايخ في كيفية الفسخ لكل واحد منهما في رأس الشهر لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال، ولا يمكن الفسخ يعد ذلك لمضي وقت الخيار، والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاث: أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي الوقت فسخت الإجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر، فإذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لأنه لا يجد نفاذاً في وقته لأن الفسخ إذا لم يجد نفاذاً يتوقف إلى وقته، وبه كان يقول أبو النصر محمد بن سلام. أو يقول الذي يريد الفسخ في هلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد إذا هل الشهر أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل الهلال في يومها؛

استأجرها سنة صح وإن لم يسم أجرة كل شهر وابتداء المدة وقت العقد فإن كان حين

كذا في النهاية مختصراً. وظاهر الرواية أن لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى ويومها وبه يفتى، لأن في اعتبار الساعات حرجاً بيناً، والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن اليلة الأولى ويومها لأن محمداً قال: لو حلف ليقضي فلاناً دينه في رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها لم يحنث استحساناً. وظاهر قوله صح في شهر واحد الفساد في الباقي كما تقدم. قال في المحيط: وهذا قول بعضهم والصحيح أن الإجارة كل شهر جائزة، وإطلاق محمد يدل على هذا فيجوز العقد في الشهر الأول والثاني والثالث. وإنما يثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما في أول الشهر الثاني لأن الإجارة في الشهر الثاني مضافة إلى وقت في المستقبل، ولكن واحد فسخ الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل. وقوله «داراً» مثال لأنه لو استأجر ثوراً ليطحن عليه كل يوم بدرهم فالحكم كذلك. قال رحمه الله: **(وكل شهر سكن ساعة منه صح فيه)** لأنه صار معلوماً فتتم العقد فيه بتراضيهما وهو قول بعض المشايخ وهو القياس. وعلى ما في الاصل إذا سكن يوماً أو يومين صح وليس لواحد منهما الفسخ وهو ظاهر الرواية على ما قدمنا. ولو قدم أجرة شهر أو أكثر وقبض المعجل يوماً لا يكون لكل واحد منهما الفسخ فيما عجل لأن بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فصار كالمسمى في العقد. قال في المحيط: الإجارة الطويلة التي تفعل ببخارى صورتها أنهم يؤجرون الدار والأرض سنين مدة معلومة متوالية غير ثلاثة أيام في آخر كل سنة على أن كلاً منهما بالخيار في ثلاثة أيام من آخر كل سنة ويجعلون لكل سنة أجرة قليلة ويجعلون بقية الأجرة للسنة الأخيرة؛ الصحيح أن هذا العقد جائز لأن هذا ليس بشرط الخيار في الإجارة بل استثناء ثلاثة أيام. قال رحمه الله: **(وإن استأجرها سنة صح وإن لم يسم أجرة كل شهر)** يعني إذا بين الأجرة جملة جاز العقد لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والأجرة معلومة وإن لم يبين القسط كل شهر فإذا صح وجب أن يقسم الأجرة على الشهور على السواء، ولا يعتبر تفاوت الأسعار باختلاف الزمان، ولما كانت السنة منكرة أفاد أن هذا المنكر يتعين بقرينة الحال.

قال رحمه الله: **(وابتداء المدة وقت العقد)** يعني ابتداء أول مدة الإجارة الوقت الذي يلي العقد لأن في مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالأجل واليمين لا يكلم فلاناً شهراً. ولأنه لو لم يتعين عقيب العقد لصارت مجهولة وبه تبطل الإجارة. والظاهر من حالهما أنهما يعقدان العقد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لأن الأوقاف في حقه ليست سواء فإنه لا يجوز في الليل ولا يصير شارعاً فيه إلا بالعزيمة فلا يتعين عقيب التسبب. هذا إذا كان العقد مطلقاً من غير تعيين المدة، وإن بين مدة تعين ذلك وهو ظاهر. قال رحمه الله: **(فإن كان حين يهل يعتبر بالأهلة وإلا فالأيام)** قال

يهل يعتبر بالأهلة وإلا فالأيام وصح أخذ أجرة الحمام والحجام لا أجرة عسب التيس

صاحب النهاية: بضم الياء وفتح الهاء على صيغة البناء للمفعول أي يبصر الهلال وقال: أراد به اليوم الأول اهـ. قال ابن قاضي زاده: وليس المراد بقوله اليوم الأول تفسير معنى حين يهل إذ قد علم معناه من التفسير السابق قطعاً بل مراده بذلك بيان أثر قوله حين يهل. وليس المراد معناه الحقيقي بل المراد معناه العرفي وهو اليوم الأول من الشهر اهـ. يعني إذا وقع عقد الإجارة في ليلة الهلال أو في يومها تعتبر المدة بالأهلة، وإن كان بعدما مضي شيء من الشهر يعتبر بالأيام وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوماً، وهذا قول الإمام وهو رواية عن الثاني. وقال محمد: يعتبر الأول بالأيام ويكمل من الأخير ويبقى غيره على الأصل، وللإمام أنه لما تعذر اعتبار الشهر الأول بالأهلة فكذا البقية اهـ. قال رحمه الله: **(وصح أخذ أجرة الحمام)** لقوله ﷺ «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»[1] قال الأكمل: وإنما ذكر هذه في الفاسدة مع أنها جائزة لأن بعض العلماء خالف في ذلك. قال الشارح: وبعض العلماء كره الحمام لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه سماه شر بيت. وقال عثمان: إنه بيت الشيطان. ومن العلماء من كرهه للنساء لا للرجال والصحيح أنه لا بأس بالحمامات للرجال والنساء وفي الخلاصة: استأجر حماماً في قرية فوقع الجلاء في القرية ونفر الناس سقطت الأجرة، أو نفر بعض الناس لا تسقط. وفي المحيط: إذا كان حمام للرجال وحمام للنساء فأجرهما جميعاً وسمي حماماً جاز استحساناً إذا كان باب الحمامين واحداً، وإن كان لكل واحد باب على حدة لا يجوز العقد اهـ. وفي الخلاصة: استأجر حماماً ببدل على أن عليه الأجرة حال جريان الماء وانقطاعه فالإجارة فاسدة. وفي الخانية: شيل الرماد والسرقين وتفريغ موضع البالوغة وغيرها على المستأجر فإن شرط على المؤجر فسدت اهـ. وقال في المحيط: ولو امتلأ مسيل ماء الحمام فعلى المستأجر تفريغه. ولو امتلأت البالوعة فعلى الآجر تفريغها، والفرق أن تفريغ مسيل الماء يمكن من غير نقض البناء، وأما البالوعة فلا يمكن تفريغها بنفسه إلا بنقض شيء من البناء ولا يملك المستأجر نقض شيء من البناء وإنما يملكه رب الأرض فجعل تفريغه عليه. وفيه أيضاً: استأجر حمامين سنة فانهدم أحدهما قبل القبض فله ترك الباقي لأن الصفقة تفرقت عليه قبل التمام بخلاف ما لو استأجر حماماً سنة فلم يسلمه إلى المستأجر حتى مضى شهران ولم ينتفع وامتنع المستأجر من القبض فإنه يجبر على القبض ولا يخير لأن الصفقة هنا تفرقت في حق المنافع فلا يوجب ثبوت الخيار وهناك في القبض، وإذا انهدم الحمام قبل القبض فله الخيار، ولو انهدم أحد الحمامين بعد القبض فالباقي لازم بحصته لأن الصفقة تفرقت بعد التمام. استأجر حماماً وعبداً ليقوم عليه فانهدم الحمام بعد قبضهما فله

---

(١) رواه أحمد في مسنده (١/ ٣٧٩).

والأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه والفتوى اليوم على جواز الاستئجار

ترك العبد لأنه عجز عن استعمال العبد فيما استأجره له. وإن هلك العبد فليس له ترك الحمام لأن هلاك العبد لا يوجب خللاً في منفعة الحمام. استأجر الحمام ودخل بنورة أو أخذه من رب الحمام يجوز استحساناً. استأجر حماماً بغير قدر واستأجر القدر من آخر فانكسر القدر بعد شهر فأجرة الحمام لازمة دون أجرة القدر لأنه يمكنه أن يستأجر قدراً غيره ويستعمله في الحمام استأجر حماماً شهراً فعمل فيه من الشهر الثاني فلا أجر عليه في الشهر الثاني، وروي عن أصحابنا أن عليه أجرة الشهر الثاني للعرف.

قال رحمه الله: **(والحجام)** أي جاز أخذ أجرة الحجام لما روي أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجرته وبه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا فانعقد إجماعاً. وقالت الظاهرية: لا يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان. قلنا: هذا الحديث منسوخ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال له رجل: إن لي عيالاً وغلاماً حجاماً أفأطعم عيالي من كسبه؟ قال: نعم. وإنما فسرنا الصحة بالجواز لأن العادة جارية هنا وفيما بعده لعدم جريان عقد فيه. قال رحمه الله: **(لا أجرة عسب التيس)** يعني لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت عسب التيس مهر البغي». ولأنه عمل لا يقدر عليه وهو الإحبال فلا يجوز أخذ الأجرة عليه ولا أخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس لا قيمة له فلا يجوز. والمراد هنا استئجار التيس لينزو على الغنم ويحبلها بأجر، أما لو فعل ذلك من غير لا بأس به لأن به يبقى النسل. وفي المحيط: ومهر البغي في الحديث وهو أن يؤاجر أمته على الزنا وما أخذه من المهر فهو حرام عندهما، وعند الإمام إن أخذه بغير عقد بأن زنى بأمته ثم أعطاها شيئاً فهو حرام لأنه أخذه بغير حق، وإن استأجرها ليزني بها ثم أعطاها مهرها أو ما شرط لها لا بأس بأخذه لأنه في إجارة فاسدة فيطيب له وإن كان السبب حراماً. قال رحمه الله: **(والأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه)** يعني لا يجوز استئجار هذه الأشياء. وقال الإمام الشافعي: يجوز لأنه استئجار على عمل غير متعين عليه وكونه عبارة لا ينافي ذلك ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزاكاة وكتابة المصحف والفقه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به» وقال عليه الصلاة والسلام لعثمان بن أبي وقاص: لا تأخذ على الأذان أجراً. ولأن القربة تقع للعامل فلا يجوز أخذ الأجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة، ولأن التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فإنه يقدر عليها الأجير وكذا الأجير يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة، ولهذا لا تشترط أهلية المأمور فيهما بل أهلية الآمر حتى جاز أن يستأجر الكافي فيهما ولا يجوز فيما

لتعليم القرآن ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهي وفسد إجارة المشاع إلا من الشريك

نحن فيه؛ كذا قالوا. وينتقض هذا بما ذكروا في باب الحج عن الغير أن الحج يقع عن الآمر وأن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره. قيد بأفعال الطاعة لأنه لو استأجره ليعلم ولده الكتابة أو النحو أو الطب أو التعبير يجوز بالاتفاق؛ كذا في التتارخانية. وفي الكبرى: تعليم الفرائض والحساب والوصايا بأجر يجوز. وفي الذخيرة: لو استأجره ليعلم ولده الشعر والأدب إذا بين له مدة جاز ويستحق المسمى إذا سلم نفسه تعلم أو لم يتعلم، وإذا لم يذكر له مدة فالعقد فاسد ويستحق أجرة المثل إذا تعلم اهـ. وفيها أيضاً: ويجوز الاستئجار على تعليم الصنعة والتجارة والهدم والبناء والحفر وأشباه ذلك، فإذا أجره عبده ليعلمه كذا على إعطاء المولى شيئاً معيناً فهو جائز، وإن شرط المعلم على المولى أن يعطيه في كل شهر كذا ويقوم على غلامه في تعليم كذا فهو جائز، وإذا لم يشترط كل واحد منهما شيئاً فلما فرغ وتعلم قال المعلم لي الأجرة على رب العبد كذا وقال سيد العبد لي الأجرة على المعلم ينظر في ذلك إلى عرف تلك البلدة؛ فإن كان سيد العبد هو الذي يعطي فالأجرة عليه، وإن كان المعلم هو الذي يعطي فالأجرة على المعلم اهـ.

قال رحمه الله: **(والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن)** وهذا مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ، استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم، ولأن الحفاظ والمعلمين كان لهم عطايا في بيت المال وافتقادات من المتعلمين في مجازات التعليم من غير شرط، وهذا الزمان قل ذلك واشتغل الحفاظ بمعائشهم فلو لم يفتح لهم باب التعليم وبالأجر لذهب القرآن فأفتوا بالجواز، والأحكام تختلف باختلاف الزمان، وكان محمد بن الفضل يفتي بأن الأجرة تجب ويحبس عليها. وفي الخلاصة: إذا أخذ المعلم من الصبي شيئاً من المأكول أو دفع الصبي ذلك إلى ولد المعلم لا يحل له بخلاف ثمن الحصر لأن ذلك تمليك من أب الصغير اهـ. وفي الحاوي للكرابيسي: إذا استأجره ليختم عنده القرآن ولم يسم له أجراً ليس له أن يأخذ أقل من خمسة وأربعين درهماً شرعاً، أما إذا سمى أجراً لزم ما سمى لكن يأثم المستأجر إذا عقد على أقل من خمسة وأربعين درهماً إلا أن يهب المستأجر ما بقي من تمام القدر أو يشترط أن يكون ثواب ما فوقه لنفسه فلا يأثم. وكذا إذا قال اقرأ بقدر ما قدرت عليه فله من الأجر بقدر ما قرأ وهذا يجب حفظه كما في المبسوط. أقول: وهذا في عرفهم، أما في عرفنا فيجوز ذلك. وفي الخلاصة: رجل استأجر قوماً يحملون جنازة ويغسلون ميتاً إن كان في موضع لا يجد من يغسله غيرهم ولا من يحمله فلا أجر لهم، وإن كان هناك غيرهم فلهم الأجر اهـ. وفي المحيط: استأجر الإمام رجلاً ليقتل مرتداً أو أسيراً أو لاستيفاء القصاص في النفس لم يجز عندهما، ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس يجوز، ولو استأجر

مصحفاً ليقرأ فيه لم يجز، وإن قرى فيه فلا أجر عليه، والقاضي كالإمام. لو استأجر القاضي رجلاً ليقوم عليه في مجلس القضاء شهراً جاز، ولو استأجر من له القصاص رجلاً ليقتص له فلا أجر له لا يجوز هذا العقد عند الأول والثاني ويجوز عند الثالث. وفي قاضيخان: أهل الذمة إذا استأجروا ذمياً ليصلي بهم أو ليضرب الناقوس لهم لا يجوز، ولو استأجر المجوسي مسلماً ليقيم له النار لا بأس به لأن الانتفاع بالنار مباح اهـ. وفي النهاية: يعني يجوز الاستئجار على تعلم الفقه. وفي الروضة: وفي زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة. ومثله في الذخيرة. ولا يجوز استئجار كتب الفقه والتفسير والحديث لعدم التعارف. قال ابن قاضي زاده: أقول وفيما ذكروا من وجه الاستحسان نظر قوي بيان ذلك هو أن مقتضى الدليل الأول أنه لا يمكن تحقيق ماهية الإجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحساناً والاستحسان فرع تحقق ماهية الإجارة كما لا يخفى، وهذا محل تسكب فيه العبرات. أقول: والجواب أن الإجارة في تعلم القرآن والفقه على أمرين، على التلقين والتعليم. ففي القياس نظروا إلى التعليم وجعلوا التلقين تابعاً له فقالوا: لا يمكن. وفي الاستحسان نظروا إلى التلقين وجعلوا التعليم تابعاً له فقالوا بالجواز فاختلفت الجهة. والأذان والإمامة دخلاً تبعاً فتدبره فإنه جيد. وفي الظهيرية: ومشايخ بلخ أفتوا بجواز ذلك إذا ضرب له مدة وعند عدم الاستئجار أصلاً يجب أجر المثل اهـ. وفي الملتقط: ولو امتنع أبو الصبي من دفع الوظيفة جبر عليه وحبس عليه اهـ.

قال رحمه الله: **(ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهي)** لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق عليه لأن المبادلة لا تكون إلا عند الاستحقاق، وإن أعطاه الأجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه. وفي المحيط من كتاب الاستحسان: إذا أخذ المال من غير شرط يباح له. وفي المحيط: ذمي استأجر من مسلم أو ذمي بيعة يصلي فيها لم يجز لأن صلاة الذمي معصية وإن كانت طاعة في زعمه، ولو استأجر المسلم من المسلم مسجداً ليصلي فيه لم يجز لأن المسجد لا يملك، ولو استأجر ذمي داراً من مسلم فاتخذ فيها مصلى لنفسه لم يمنع فإن جمع الجماعة وضرب الناقوس فلصاحبها منعه، ولو أراد بيع الخمر فيها فإن كان في السواد لا يمنع، وأما في سواد خراسان، فإنهم يمنعون من ذلك لأن الغالب فيها المسلمون. مسلم يشرب الخمر في داره ويجمع القوم يمنع من ذلك ولا يخرج من داره، وكذا الذمي لو استأجر مسلماً ليرعى له الخنازير ويجوز عند الإمام خلافاً لهما. استأجر ذمي مسلماً ليحمل له ميتاً أو دماً يجوز لأن نقل الميت والدم لإماطة الأذى عن الناس مباح. مات ميت من المشركين فاستأجروا مسلماً ليحمله إلى بلدة أخرى قال أبو يوسف: لا أجر له. وقال محمد: إن علم الأجير أنها جيفة لا أجر له لأنه نقل

....

ما لا يجوز له، وإن لم يعلم فله الأجر. وفي الخانية: الفتوى على قول محمد اهـ. ولو استأجره لينقل الميت المشرك إلى المقبرة يجوز؛ كذا في المحيط. وفي المضمرات: الغناء حارم في جميع الأديان، وكذا إذا أوصى بما هو معصية عندنا، وعند أهل الكتاب لا يجوز وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات. وقال ظهير الدين: من قال لمقرئي زماننا أحسنت عند قراءته يكفر. وفي الكبرى: رجل جمع المال وهو كان مطرباً مغنياً هل يباح له ذلك؟ إن كان من غير شرط يباح له. وإن كان بالشرط يرده على أصحابه. وإن لم يعرف يتصدق به. وفي العتابية: وأما المعصية نحو أن يستأجر نائحة أو مغنية أو لتعليم الغناء وفي فتاوى أهل سمرقند: استأجر رجلاً لينحت له مزماراً أو طنبوراً أو بربطاً ففعل يطيب له الأجر إلا أنه يأثم. وفي الإعانة على المعصية، ولو استأجر المسلم ليبني له بيعة أو كنيسة جاز ويطيب له الأجر. ولو استأجر امرأة ليكتب لها قرآناً أو غيره جاز ويطيب له الأجر إذا بين الشرط وهو إعداد الخط وقدره، ولو استأجر مسلماً ليحمل له خمراً ولم يقل لأشربه جازت الإجارة على قول الإمام خلافاً لهما. وفي المحيط: السارق أو الغاصب لو استأجر رجلاً يحمل المغصوب أو المسروق لم يجز لأن نقل مال الغير معصية اهـ. وفي شرح الكافي: ولا يجوز الإجارة على شيء من الغناء واللهو والنوح والمزامير والطبل ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك. هذا في الطبل إذا كان للهو، أما إذا كان لغيره فلا بأس به كطبل القراءة وطبل العرس. وفي الأجناس: ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به لشهرة العرس. وفي الولواجية: رجل استأجر رجلاً ليضرب الطبل إن كان للهو لا يجوز. وإن كان للغزو والقافلة يجوز.

قال رحمه الله: **(وفسد إجارة المشاع إلا من الشريك)** أطلق في قوله وفسد إلى آخره فشمل مشاعاً يحتمل القسمة أو لا يحتملها وهو قول الإمام. وقالا: يجوز بشرط بيان نصيبه وإن لم يبين لا يجوز في الصحيح. لهما أن المشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا استأجر من شريكه أو من رجلين، وكالشيوع الطارئ بأن مات أحد المستأجرين وكالعارية، إذا جاز إعارة المشاع فأولى أن تجوز إجارته فإن تأثير المشاع في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة ألا ترى أن هبة المشاع لا تجوز وبيع المشاع جائز. وللإمام أن المقصود من الإجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف المبيع فإن المقصود فيه الملك ألا ترى أنه يجوز بيع الجحش ونحوه ولا يجوز إجارته والتخلية اعتبرت تسليماً في محل يتمكن من الانتفاع وفي المشارع لا يتمكن من الانتفاع ولا من القبض فيكف يجعل تسليماً ولا يعبتر بالتهايؤ لأنه يستحق حكماً بملك المنفعة يصار إليه عند الحاجة إلى القسمة بعد الملك، وبخلاف ما إذا أجره من شريكه لأنه لا شيوع في حقه إذا لكل في يده، ولا عبرة لاختلاف السبب عند اتحاد الحاجة إلى أنه روي عن الإمام أنه لا يجوز أن استيفاء

وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة وبطعامها وكسوتها ولا يمنع الزوج من وطئها فإن

المنفعة التي تناولها العقد لا يتأتى إلا بغيرها وهو منفعة نصيب شريكه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب، وبخلاف ما لو أجر من رجلين لأن العقد أضيف إلى الكل ولا شيوع فيه وإنما الشيوع يظهر لتفرق الملك فيما بينهما وفيما إذا مات أحدهما انفسخ العقد في نصيبه وبقي في نصيب الآخر فطرأ الشيوع بعد القبض فلا يضر. والعارية ليست بلازمة فلا يجب التسليم وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود إذنه في ذلك فصار كله عارية ولا شيوع. وفي المغني: الفتوى في إجارة المشاع على قولهما. وقال ابن فرشة: الفتوى في إجارة المشاع على قول الإمام وفي الخانية: إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم فاسدة في قول الإمام وعليه الفتوى اهـ. وفي التهذيب: وإذا سكن يجب أجر المثل على قول الإمام. وفي التهذيب: والشيوع الطارئ لا يفسدها إجماعاً كما إذا أجر كلها ثم تفاسخا في النصف أو مات أحدهما أو استحق بعضها يبقى في الباقي. وفي الصغرى: وطريق جوازها في المشاع أن يلحقها حكم لتصير متفقاً عليها بعد المرافعة أو بعد العقد، فإذا مات أحد المؤجرين بطلت الأجارة في نصيبه وتبقى في نصيب الحي صحيحة. وفي الخانية: فإن رضي وارث الميت وهو كبير أن يكون حصته على الإجارة ورضي المستأجر جاز وإن كانت إجارة المشاع لكنها من الشريك. وفي الغياثية. رجلان أجرا دارهما من رجل جاز، وإن فسخ أحدهما برضا المستأجر أو مات لا تبطل في النصف الآخر. وفي الأصل: ولو استأجر علو منزل ليمر فيه إلى حجرته لم يجز في قول الإمام، وعندهما يجوز. قال الطواويسي: ينبغي أن لا يجوز بالإجماع. وفي النوازل: إنه يجوز. قال القاضي أبو علي النسفي: وبه كان يفتي شيخنا. وفي العتابية: ولو كان البناء لرجل والعرصة لرجل آخر أجر صاحب البناء بناء من صاحب العرصة اختلف المشايخ فيه والفتوى على أنه يجوز. وفي الخلاصة: لو استأجر العرصة دون البناء يجوز. وفي المحيط: لو استأجر نخلاً أو شجراً ليبسط عليه ثياباً أو يشهد بها الدابة ذكر القدوري أنه يجوز، وذكر الكرخي في مختصره أنه لا يجوز لأن هذه ليست منفعة مقصودة من الشجر. ولو استأجر شاة ليحلب لبنها أو صوفها لا ينعقد. وفي المحيط: لو استأجر حائطاً ليضع عليها جذعاً أو يبني عليها سترة أو يضع فيه وتداً لا يجوز والحائط اسم للبناء فقد استأجر ما لا ينتفع به فلا يجوز إجارة البناء وحده، ولو استأجر طريقاً ليمر فيه لم يجز عند الإمام، ويجوز عندهما.

قال رحمه الله: **(وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة)** والقياس أن لا تصح لأنها ترد على استهلاك عين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة والشاة لشرب لبنها والبستان ليأكل ثمرته. والاستحسان أنه يجوز ودليله قوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] والإجماع في ذلك وجرى التعامل به في الأعصار. وتحقيقها عقد يرد على التربية واللبن تابع

....

لها. وقال بعضهم: العقد يرد على اللبن والتربية والخدمة تابعة لها وإليه مال شمس الأئمة. وقال: هو الأصح والأول أشبه بالفقه وأقرب إليه. وقال في الكافي: وهو الصحيح. والظئر المرأة ذات اللبن سواء كانت مسلمة أو كافرة، حرة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة؛ كذا في قاضيخان. وفي ابن فرشته: فلو عجزت المكاتبة وردت في الرق يحكم أبو يوسف ببقاء العقد، وأبطله محمد. وفي المحيط: وأجرت الأمة الفاجرة أو الكافرة نفسها ظئراً جاز لأن الإجارة من التجارة، ولو رضع الصبي جارية الظئر أو خدمها فلها الأجر كاملاً لأن الظئر بمنزلة الأجير المشترك، ولو استأجرت الظئر ظئراً فارضعته فلها الأجر استحساناً، ولو شرط عليها أن ترضع الصبي بنفسها فأرضعته بمن ذكر فلها الأجر لأن اشتراط الرضاع عليها بنفسها لا يفيد. ولو اختلفا فقال أهل الصغير أرضعتيه بلبن شاة فلا أجز لك وقالت أرضعته بلبن آدمية فلي الأجر فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر يشهد لها، وإن أقاما البينة فالبينة بينتها لأنها مثبتة. وإن شرطوا عليها ارضاع الصبي في منزل الأب فليس للظئر أن تخرج به منه لأن الإرضاع في منزل الأب أجود للصبي، وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إن لم يشترطوا ذلك اهـ. ولا يخفى أنه لا بد من أن تكون المدة معلومة ولهذا قال في التجريد: ولا بد أن تكون المدة معلومة، وما جاز في استئجار العبد للخدمة جاز في الظئر، وما بطل هناك بطل هنا. وفي الأصل: وإذا جازت هذه الإجارة ينظر بعد ذلك إن شرط في عقد الإجارة أنها ترضع الصبي في منزل الأب اعتبر، ولو لم يكن هناك شرط ينظر للعرف؛ إن كانت ترضع في منزل الأب اعتبر، ولو لم يكن هناك شرط ينظر للعرف؛ إن كانت ترضع في منزل الأب أو في منزلها يعمل به وإلا فلها الخيار إن شاءت أرضعت الصبي في منزل الأب أو في منزلها اهـ. قال الأكمل: فإن قلت الظئر أجير خاص أو مشترك؟ قلت: هو أجير خاص يدل عليه لفظ المبسوط قال: لو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم تضمن الظئر لأنها بمنزلة الأجير الخاص. وذكر في الذخيرة ما يدل على أنه كما يكون مشتركاً يجوز أن يكون خاصاً قال: لو أجرت نفسها لقوم غير الأول ولو لم يعلم الأول فأرضعت كلاً منهما صح وتصير المرضعة أمينة وهذه خيانة منها ولها الأجر كاملاً في الفريقين، وهذا يدل على أنها تحتملهما معاً فقلنا تجب الأجرة كاملاً نظراً إلى أنها مشترك ويأثم نظراً إلى أنها خاص.

قال رحمه الله: **(وبطعامها وكسوتها)** وهذا عند الإمام. وقالا: لا يجوز وهو القياس. وجه قولهما أن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للطبخ والخبز والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن العادة جرت بالتوسعة عليها شفقة على الأولاد بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها، والجهالة إنما تمنع إذا أفضت إلى المنازعة. أطلق في طعامها أو كسوتها فشمل ما إذا بين جنسها أو لم يبين. قال الحدادي: إذا لم يوصف ذلك فلها المتوسط. وفي الخلاصة: وإذا

مرضت أو حبلت فسخت وعليها إصلاح طعام الصبي فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر

بين جنس الثياب أو صفتها وعرضها وبين كيل الطعام وصفته جاز بالاتفاق اهـ. وفي المحيط: لو اشترطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وسمت دراهم مسماة عند الفطام ولم تضف شيئاً من ذلك جاز استحساناً عند الإمام. وقالوا: معنى تسميته الدراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكان الدراهم فيكون معناه على التقدير سما بدل الدراهم طعاماً، وإذا بين كيل الطعام وصفته جاز بالاتفاق، سواء كان حالاً أو مؤجلاً. ولا يشترط أن يذكر أجلاً، وفي الكسوة يشترط بيان الأجل لأنها لا تثبت يوصوفة في الذمة إلا مؤجلاً؛ كذا في الشارح وغيره. ولم يذكر المؤلف لمن تجب عليه أجرة الظئر ونحن نبين ذلك قال في قاضيخان: استأجر ظئراً لترضع ولده شهوراً فمات الأب فقال عم الصغير أرضعيه وأنا أعطيك الأجر فأرضعته شهراً مع ذلك قالوا: إن لم يكن للصغير مال حين استأجرها كانت الأجرة عليه من ماله، وإذا مات بطلت، فإذا قال العم ذلك بعد موته ولم يكن وصياً كان ذلك على العلم. ولو كان للصغير مال حين استأجرها الأب لا تبطل الإجارة بموت الأب، وإذا امتنع الظئر من الرضاع والصغير لا يأخذ ثدي غيرها تخير على أن ترضعه بأجرة مثلها. قالوا: هذا إذا عقدت بإذن الزوج، وإذا عقدت بغير إذنه فللزوج منعها. وإذا استأجر القاضي ظئراً لليتيم كان حسناً، وإذا كان للرضيع أم وليس له مال فأجرة أرضاعه على أقاربه بقدر ميراثهم منه، ويجوز للأب أن يستأجر أمه لترضع ولده وبنته وأخته اهـ. قال رحمه الله: **(ولا يمنع الزوج من وطئها)** لأنه حقه فلا يمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ هذا العقد إذا لم يعلم به، سواء كان يشينه إجارتها بأن كان وجيهاً بين الناس أو لم يشنه وهو الأصح، كما له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي من الدخول عليها لأن الإرضاع والسهر يذهب جمالها فكان له أن يمنعها من ذلك كما يمنعها من الصيام تطوعاً لكن إذا ثبتت الزوجية بإقرارهما ليس لها أن تفسخ لأنهما لا يصدقان في حق المستأجر كما إذا أقرت المنكوحة بالرق لا تصدق في حق بطلان النكاح، وللمستأجر أن يمنع زوجها من دخول بيته. وفي الأصل: إذا عقدت بغير إذن الزوج والزوج لا يشينه ذلك فليس له حق الفسخ في الصحيح، والمرأة إذا كانت من الاشراف وأجرت نفسها ظئراً فللأولياء حق الفسخ لدفع العار عنهم. وفي الظهيرية: ولولي الصبي أن يمنع أقارب الظئر من المكث في منزله، وأما الزيارة إذا كان يؤدي ذلك إلى الإخلال بالقيام بمصالح الصغير له حق المنع وإلا فلا. قال رحمه الله: **(فإن مرضت أو حبلت فسخت)** يعني إذا حبلت المرضعة أو مرضت فتفسخ الإجارة لأن لبن الحبلى والمريضة يضر الصغير وهي أيضاً يضرها الإرضاع فكان لها ولهم الخيار. ولو تقايأ الصبي لبنها لأهله الفسخ، وكذا إذا كانت سارقة، وكذا إذا كانت فاجرة ظاهر فجورها بخلاف ما إذا كانت كافرة. قال في النهاية: ولا يبعد أن يقال عيب الفجور

. . . .

في هذا فوق عيب الكفر لأن كفرها في اعتقادها ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط عليهما الصلاة والسلام وما بغت امرأة نبي قط؛ هكذا قال عليه الصلاة والسلام. ولم يتزوج نبي فاجرة. وكذا إذا كان الصبي لا يأخذ لبنها كان لهم أن يفسخوا ولها ذلك أيضاً، وكذا إذا عيرت به. ولو مات الصبي أو الظئر انقضت الإجارة. وفي الخانية: إذا ظهر الظئر كافرة أو زانية أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسخ. وفي الأصل: أرادوا سفراً وأبت الخروج فلهم الفسخ، وكذا إذا كانت سيئة بذية اللسان، وكذا إذا أذاها أهله باللسان كان لها الفسخ، وكذا إذا كان ألفها الصبي ولم يأخذ لبن غيرها وهي تعير بذلك كان لها الفسخ في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف ليس لها الفسخ. قال شمس الأئمة الحلواني: الاعتماد على رواية أبي يوسف. وفي المحيط: انتهت مدة إرضاع الظئر والصغير لا يأخذ إلا ثديها تبقى الإجارة بأجرة المثل جبراً عليها لأن الإجارة كما لا تفسخ بالأعذار تبقى بالأعذار. ولو مات أبو الصغير لم تنقض الإجارة سواء كان للصغير مال أو لم يكن له مال، ولو استأجرها لترضع صبيين كل شهر بكذا فمات أحدهما سقط نصف الأجرة لأنها لا يمكنها الوفاء بهذا فانفسخت الإجارة. ولو استأجر ظئرين فمات أحدهما بقي العقد في أحدهما وانفسخ في الأخرى بحصتها. والفرق بين هذا وبين ما إذا مات أحد الصبيين أن في الظئر يقسم الأجر عليهما باعتبار قيمته لأنهما متفاوتان في الارضاع، وفي الصبي الإيجار وقع لهما واستحق كل واحد منهما نصف البدل وهو لبن الظئر فيجب المبدل عليهما نصفان اهـ. وفي المنتقى: استأجر مرأته لترضع ابنه من مال الصغير فهو جائز، ولو استأجر شاة لترضع ولده لا يجوز لأن لبن البهائم له قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز بخلاف لبن المرأة لأنه لا قيمة له والإجارة على الخدمة. ولو التقط صبياً فاستأجر له ظئراً حالاً فالأجرة عليه وهو متطوع لأنه لا ولاية له على الصبي اهـ.

قال رحمه الله: **(وعليها إصلاح طعام الصبي)** لأن خدمة الصبي واجبة عليها وهذا منه عرفا وهو معتبر فيما لا نص فيه، وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد والدهن والريحان على الظئر كما هو عادة أهل الكوفة، وفي عرف ديارنا ما يعالج به الصبي على أهل. وفي المضمرات: والفتوى على أنه ليس على الظئر الدهن والريحان وطعام الصبي على أهله إذا كان الصبي يأكل الطعام وعلى الظئر أن تهيئه له. وفي الينابيع: وعليها طبخه وعليها أن تمضغ الطعام للصبي ولا تأكل شيئاً يفسد لبنها وتضمن به. قال رحمه الله: **(فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر)** لأنها لم تأت بالواجب عليها من العمل وهو الإرضاع وهذا إيجار وليس بإرضاع. قال في الصحاح: الوجور الدواء يؤجر في وسط الفم أي يصب يقال له منه وجرت الصبي وأوجر بمعنى واحد اهـ. أقول: لقائل أن يقول إن كان هذا إيجار لا إرضاع فلا معنى لقول المؤلف «فإن أرضعته» بل عليه أن يقول «فإذا وجرته» بدله، وإن كان إرضاع

ولو دفع غزلاً لينسجه بنصفه أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز وإن استأجر أرضاً على أن يكر بها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح وإن

فكيف يقول الشارح هذا إيجار لا إرضاع؟ والجواب أن هذا من باب المشاكلة وهو ذكر الشيء بلفظ الشيء غيره لوقوعه في صحبته كقوله:

قلت اطبخوا لي جبة وقميصاً

فذكر المؤلف الإيجار بلفظ الإرضاع لوقوعه في صحبته. قيد بلبن الشاة لأنها لو أرضعته بلبن خادمها أو جاريتها أو بلبن ظئر استأجرتها بلا عقد فلها الأجرة كما تقدم. قال رحمه الله: (**ولو دفع غزلاً لينسجه بنصفه أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز**) لأنه في المسألة الأولى والثانية جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان، ولأن المستأجر عاجز عن تسليم الأجرة لأنه بعض ما يخرج والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر على ذلك بنفسه وإنما يقدر بغيره فلا يعد قادراً، فإذا نسج أو عمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما لو استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنفصه الآخر حيث لا يجب له شيء من الأجر لأن الأجير ملك فيه النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركاً بينهما في الحال. ومن حمل طعاماً مشتركاً بينه وبين غيره لا يستحق الأجر. هذا لأنه لا يعمل شيئاً لشريكه عما لا يقع بعضه لنفسه فلا يستحق الأجر؛ هكذا قالوا. قال الشارح: وفيه إشكالان: أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك إلا في الصحيحة منها بالعقد، سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بينا، فكيف تملك هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل. الثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملك إذا ملك بطريق الإجارة فإذا لم يستحق فكيف يملك وبأي سبب يملك؟ والجواب عن الأول أنه ملك هنا بالتعجيل والتسليم كما صرح هو به في تقريره وصرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا: دفع إليه. والجواب عن الثاني أنه لا منافاة بين قوله ملكه في الحال وبين قوله ومعنى لا يستحق الأجرة ولا يجب لأن معنى ملكه في الحال يعني ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل، ومعنى لا يستحق الأجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجر بالتسليم بسبب أنه صار شريكاً في الطعام. قال في النهاية: لو قال احمل لي هذا الكر إلى بغداد بنصفه فإنه لا يكون شريكاً وتفسد الإجارة لأنه في معنى قفيز الطحان وللأجير أجر مثله إن وصل إلى بغداد لا يتجاوز المسمى، ومشايخ بلخ والنسفي جوزوا حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع، ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا ذلك وقالوا: هذا التخصيص تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر. والحيلة في جوازه أن يشترطا قفيزاً مطلقاً فإذا عمل استحق الأجرة. وفي الغياثية: دفع إلى

....

حائك ثوباً لينسجه بنصفه أو بثلثه أو ربعه فالإجارة فاسدة عند علمائنا وبه أفتى الإمام السرخسي والسيد الإمام الشهيد. ومشايخ بلخ يفتون بالجواز لعرف بلادهم. وفي الظهيرية: وبه أخذ الفقيه أبو الليث وشمس الأئمة الحلواني والقاضي أبو علي النسفي اهـ.

وفي التتارخانية: لو استأجر ثوراً ليطحن له أردباً ببعض منه أو حماراً ليحمل له أردباً ببعض منه فالإجارة فاسدة، ولو استأجر حانوتاً بنصف ما ربح فيه فالإجارة فاسدة. وفي المحيط: ولو استأجر حائكاً لينسج هذا الثوب بنصفه على أن يزيد رطلاً من عند فنسج وزاد فله أجر مثل عمله ويضمن صاحب الثوب للحياك رطلاً من الغزل. وأما الثالث وهو ما إذا استأجره ليخبز له طول النهار بدرهم فلأن ذكر الوقت يوجب كون المعقود هو المنفعة، وذكر العمل يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، فإن وقع على المنفعة استحق الأجر بمضي الوقت عمل أو لم يعمل، وإن وقع على العمل لا يستحق إلا بالعمل فيفسد العقد وهو قول الإمام. وقالا: العقد جائز ويكون العقد على العلم دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر، وإن لم يعمل في اليوم فعليه أن يعلم في الغد وذكر اليوم للتعجيل فصار كما إذا استأجره للعمل على أن يفرغ منه في هذا اليوم يجوز بالإجماع. والفرق للإمام هنا أن اليوم لم يذكر هنا إلا لإثبات صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالذات، وفي مسألة الكتاب ذكر اليوم قصاداً. وفي الغياثية: لو استأجره ليخيط له هذا الثوب قميصاً اليوم بدرهم لم يجز عند الإمام. ولو قال ليخيط ولم يذكر الوقت يجوز، ولو قال ليخيطه قميصاً ويفرغ في اليوم جاز، ولو قال بشرط أن يفرغ أو على أن يفرغ في اليوم لم يجز. فإن قلت: ورد في باب الراعي إذا جمع بين المدة والعمل يعتبر الأول. قال في المحيط: لو استأجره شهراً ليرعى غنمه بدرهم أوقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على الوقت والعلة التي اقتضت فساد العقد في مسألة الجمع بين المدة والعمل فمقتضى النظر أن يفسد في الراعي كما في مسألة الكتاب، ويجوز في مسألة الكتاب كما جاز في مسألة الراعي ترجيحاً للمقدم في الذكر. وما الفارق بينهما؟ أقول: الفارق بينهما قال في الأصل: والأصل عند الإمام أنه إذا جمع بين الوقت والعمل إنما يفسد العقد إذا ذكر كل واحد منهما على وجه لا يصلح أن يكون معقوداً عليه لأن ذكر الوقت والعمل على وجه لا يجوز إفراد العقد عليه لا يفسد العقد بيانه: إذا استأجر رجلاً يوماً ليبني له بالجص والآجر جاز بلا خلاف، وإن جمع بين الوقت والعمل فكان ذكر البناء لبيان نوع العمل وهذا العمل في هذه المسألة لا يجوز إفراد العقد عليه حتى لو ذكر العمل على وجه يجوز إفراد العقد عليه، فإن بين قدر البناء لا يجوز ذلك عند الإمام اهـ. فعلى مسألة الخبز بين قدر المحل تفسد، وفي مسألة الراعي لم يبين قدر الغنم المرعى فلا يفسد والحمد لله الذي هدانا لهذا. وعن محمد إذا استأجره ليحمل له هذا اليوم ومعلوم

شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا كإجارة

أنه لا يمكن حمله اليوم فهو على المحل دون الوقت اهـ. قال رحمه الله: **(وإن استأجر أرضاً على أن يكر بها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح)** لأنه شرط يقتضيه العقد وهو ملائم له فلا يفسد العقد.

قال رحمه الله: **(وإن شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى)** لا يعين لا يجوز لأن أثر التثنية وكري الأنهار والسرقنة يبقى بعد مضي عقد الإجارة فيكون عقد فيه نفع لصاحب الأرض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد، ولأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجر بعد مضي المدة فتصير صفقة في صفقة فلا يجوز حتى لو كانت بحيث لا تبقى بأن كانت المدة طويلة لو كان البيع لا يحصل إلا به لا يفسد اشتراطه لأنه مما يقتضيه العقد. واختلفوا في التثنية قال بعضهم هو أن يردها مكروبة، وقال بعضهم هو أن يكربها مرتين. وذكر شيخ الإسلام: إذا اشترط على المستأجر أن يردها مكروبة بعد الإجارة فالمسألة على وجهين: إن قال صاحب الأرض أجرتك بكذا بأن تردها مكروبة بعد مضي العقد فالعقد جائز، وأما إذا قال أجرتك على أن تكر بها بعد العقد ففي هذا الوجه العقد فاسد. وإن أطلق الكراب ينصرف إلى ما بعد العقد ويصح العقد، وأما إذا شرط أن يكري أنهارها يفسد العقد، ومن المشايخ من فرق بين الجداول والأنهار فقال: اشتراط كري الجداول صحيح. قال في الكافي: الصحيح لا يفسد بهذا العقد بخلاف اشتراط كري الأنهار. وأما إذا شرط عليه أن يسرقنها فلا يخلو إما أن يكون السرقين من عند المستأجر فقد شرط عليه عيناً هو مال فإن كان تبقى منفعته إلى العام الثاني لا يفسد؛ كذا في الأصل. ومقتضى النظر أن يفصل فيها بأن يقال: إن كان الأرض لا يظهر ريعها إلا بالسرقين فهو شرط ملائم للعقد فلا يفسد، وإن كان يظهر ريعها من غير سرقنة فهو شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين فيفسد، وأما استئجار الأرض بأرض أخرى ليزرعها الآخر يكون بيع الشيء بجنسه نسيئة وهو حرام كما عرف في موضعه. قال رحمه الله: **(لا كإجارة السكنى بالسكنى)** يعني لا يجوز إجارة السكنى بالسكنى لأن الجنس بانفراده يحرم النسأ وإليه أشار محمد حين كتب له محمد بن سماعة لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار أخرى بقوله في جوابه: أطلت الفكرة وأصابتك الحيرة وجالست الحيارى أي فكان منك ذلة وما علمت أن إجارة السكنى بالسكنى بالدين كبيع الدين بالدين بنسيئة. قال صاحب العناية: في هذا الاستدلال بحث من وجهين: الأول أن النسأ ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك. والثاني أن النسأ إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك. وما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بموجود وإنما يحدثان شيئاً فشيئاً. وأجيب عن الأول بأنه لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في

السكنى بالسكنى وإن استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من

وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة. وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر فيتحقق النسأ. وفي الشارح: والأولى أن يقال: إن الإجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بمنفعة من جنسها، ولو استوفى أحدهما المنفعة في المسألة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية. وذكر الكرخي عن أبي يوسف: لا شيء عليه. وجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بعقد فاسد فيجب أجر المثل، وعند الشافعي يجوز هذا العقد اهـ. قال رحمه الله: **(وإن استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له)** يعني لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام بينهما لا يستحق المسمى ولا أجر المثل لأن العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لأن المعقود عليه حمل النصف شائعاً وذلك غير متصور لأن الحمل فعل حسي لا يمكن وجوده في الشائع، ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة وضربها، وإذا لم ينعقد لم يجب الأجر أصلاً، ولأنه ما من جزء يحمله إلا وهو شريكه فيه بخلاف ما لو استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام حيث يجوز لأن المعقود عليه المنفعة ويستحق بتحقق تسليمها بدون وضع الطعام، وبخلاف العبد المشترك حيث يجوز استئجاره ليخيط له قميصاً لكن المعقود عليه إنما هو نصيب الأجر وهو أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع، وبخلاف إجارة المشاع عند الإمام حيث يجب فيها أجر المثل لأن فساد العقد للعجز عن التسليم وإذا سكن تبين عدمه. وقال الإمام الشافعي: يجوز. وفي العيون والكبرى: كل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون العمل فيه لهما فإنه لا يجوز، فإن عمل فلا أجر له، وذلك مثل الدابة يعني لو استأجر دابة مشتركة لحمل طعام بينهما فلا أجر له. وكل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما لا يكون العلم فيه لهما فهو جائز نحو الجوالق والسفينة والدار. قال فخر الدين: والفتوى على ما ذكر في العيون. وفي النوادر: استأجر رجلين ليحملا له هذه الحنطة إلى منزله بدرهم فحملها أحدهما فله نصف الدرهم وهو متطوع إذا لم يكونا شريكين قبل العمل، وكذا إذا استأجرهما لبناء حائط أو حفر بئر، فلو كانا شريكين في العمل يجب الأجر كله ويكون بينهما. وفي الأصل: استأجر قوماً ليحفروا له سرداباً إجارة صحيحة فعملوا وتعاونوا في العمل؛ إن كان يسيراً قسم الأجر بينهما على عدد الرؤوس، وإن كان فاحشاً يقسم على قدر العمل وإن لم يعمل أحدهما لمرض أو عذر سقطت حصته. وفي الغياثية: لرجل بيت على نهر فجاء آخر بحجر ومتاعها فوضعهما في البيت واشتركا على أن يطحنا حبوب الناس، فما حصل قسماه نصفين جاز وهو شركة التقبل وليس للبيت والمتاع أجر.

قال رحمه الله: **(كراهن استأجر الرهن من المرتهن)** يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا

المرتهن ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فزرعها فمضى الأجل فله المسمى وإن استأجر حماراً إلى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن وإن بلغ مكة فله المسمى

كما لا يجوز في مسألة الراهن لأنه ملكه والمرتهن ليس لمالك حتى يؤجره فلا يتأتى منه تمليك المنافع بعوض لأن التمليك من غير المالك محال، والراهن إنما يمكن من الانتفاع من حيث إنه ملكه، ومن انتفع بملك نفسه لا أجرة عليه. قال رحمه الله: (**ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فزرعها فمضى الأجل فله المسمى**) لأن الأرض تؤجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم، وكذا ما يزرع فيها يختلف كما تقدم فلا يجوز العقد حتى يبين ما يزرع ويبين جنسه. وإذا زرع ومضى الأجل جاز استحساناً لأن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً. قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد ينقض الحكم أقول لا يخفى على ذي تأمل أن جعل العقد تاماً ينقض الحكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فإن العقد ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصور أن تتم به وتمام الشيء من أثر بقائه به؟ والحق أن المراد بقوله «قبل تمام العقد» قبل تمام مدة العقد. قال في النهاية: فإن قيل إذا ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع فيها ما يضر بالأرض، فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد؟ ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولاً لا يتعين إلا بتعيينهما صوناً عن الإضرار بالآخر ولا ينفرد به أحدهما؟ قلت: الأصل إجازة العقد عند انتفاء المانع لأن العقود تصح بقدر الإمكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما وعند استيفاء المنافع يزول هذا اهـ. وفي غاية البيان: ويجب المسمى إذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد اهـ. وفي بعض النسخ قيل: وهذا تحريف من الكاتب يعني إذا كان بعده فله أجر المثل، لا يقال هذه المسألة متكررة مع قوله والأرض للزراعة أن بين ما يزرع لأنا نقول: الأول باعتبار ما يصح من العقود وذكرها هنا باعتبار ما يفسد من العقود. قال الأكمل: لا يقال هذه المسألة متكررة مع ما ذكره أول الباب لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة قوله «فله» يشير إلى أنه انعقد فاسداً وزال الفساد بالزرع على ما فيه. قال رحمه الله: (**وإن استأجر حماراً إلى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن**) لأن العين أمانة في يده وإن كانت الإجارة فاسدة لأن الفاسد يعتبر بالصحيح لكونه مشروعاً من وجه فلا يضمن ما لم يتعدى، فإذا تعدى ضمن ولا أجر عليه. قال رحمه الله: (**وإن بلغ مكة فله المسمى**) لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل فإذا حمل عليه شيئاً تعين ذلك فانقلب صحيحاً لزوال الموجب للفساد. ولو استأجر دابة وجحد الإجارة في أثناء الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف لأنه بالجحود صار غاصباً والأجر والضمان لا يجتمعان. وقال محمد:

وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعاً للفساد.

باب ضمان الأجير

إلا ضمير المشترك من يعمل لغير واحد ولا يستحق الأجرة حتى يعمل كالقصار

يجب الأجر كله اهـ. قال رحمه الله: **(وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعاً للفساد)** إذ الفساد باقٍ قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع والحمل. فإذا قلت: حكم الإجارة الفاسدة نقضها قبل تمام المدة ووجوب الأجرة بعد الاستعمال فكان ينبغي أن يقدم على وجوب الأجرة بعد الاستعمال قلنا: قدم الأجرة لكثرة وقوعها فتأمل. ولا يخفى أن رفع الفاسد واجب سواء تشاحا أو لم يتشاحا فكان عليه أن لا يقيده بذلك، ولو قال «عليهما أن يرفعا العقد» لكان أولى لأن رفعه واجب عليهما تشاحا أو لا. والله تعالى أعلم.

باب ضمان الأجير

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة فيحتاج إلى بيانها؛ كذا في غاية البيان. ولا يخفى أن الأجير على ضربين: خاص ومشترك؛ فشرع المؤلف يبين ذلك، ولا يخفى أن معنى ضمان الأجير إثباتاً ونفياً ولو لم يكن معناه ذلك بل معناه إثبات الضمان فقط لزم أن لا يصح عنون الباب على قول الإمام أصلاً لأنه لا ضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والخاص. قال رحمه الله: **(إلا ضمير المشترك من يعمل لغير واحد)** قال الأكمل: والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري اهـ. يعني أن السؤال عن توجيه تقديم المشترك يتوجه على تقدير العكس فلا مرجح سوى الاختيار. قال صاحب النهاية: فإن قلت: تعريف المشترك بقوله «من يعمل لغير واحد» تعريف يدل على عاقبته إلى الدور لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك، ولو كان عارفاً بالأجير المشترك لا يحتاج إلى هذا التعريف، ولو لم يكن عارفاً به قبل ذلك لا يحصل له تعريف الأجير المشترك لأنه يحتاج إلى السؤال عمن لا يستحق الأجر حتى يعلم من هو فلا بد للمعرف أن يقول هو الأجير المشترك وهو عين الدور. قلت: نعم هو كذلك إلا أن هذا تعريف للخفي بما هو أشهر منه في مفهوم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره لأنه ذكر قبل هذا استحقاق الأجير بالعمل بقوله «أو باستيفاء المعقود عليه» في باب الأجرة متى تستحق فصار كأنه قال وما عرفته بأن الأجير هو الذ يستحق الأجر باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك إلى هنا كلامه. واعترض بأن الجواب فيه خلل من أوجه: أما أولاً فلأن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور، وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن إصلاحه. وأما ثانياً فلأن كون الأجير

والصباغ والخياط والنساج والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك وما تلف من عمله

المشترك خفياً وما ذكره في التعريف أشهر منه فممنوع، ولو كان كذلك فما صح الجواب إذا سئل عمن يستحق الأجرة حتى بعلم. وأما ثالثاً فلأن المذكور في باب الأجير حتى يستحق غير مختص بالأجير المشترك. قال الأكمل: تعريف الأجير المشترك يستلزم الدور لأنا لا نعلم من يعلم لغير واحد حتى يعرف الأجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف به وهو الدور. وأجيب بأنه قد علم مما سبق متى يستحق الأجير بالعمال فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف. وقال بعضهم: الأجير المشترك من يعمل لغير واحد كالخياط والصباغ اهـ. وبيان ذلك أن معنى الأجير المشترك من لا يجب عليه أن لا يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل، ولا يشترط أن يكون عاملاً لغير واحد بل إذا عمل لواحد فهو مشترك إذا كان بحيث لا يمتنع، ولا يبعد عليه أن يعمل لغير واحد. قال الشارح: والأولى أن يقال: الأجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض، والخاص من يكون العقد وارداً على منفعته ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة والمسافة ومنافعه معلومة في حكم العين، ففي المشترك المعقود عليه الوصف الذي يحدث في العين بفعله فلا يحتاج إلى ذكر المدة ولا يمتنع عليه التقبل، وحكم الأجير المشترك أن يتقبل العمل لغير واحد، والخاص لا يمكنه أن يعمل لغير واحد. وفي الأصل ما معناه: المشترك من يقع العقد على العمل المعلوم فيصح بدون بيان المدة والإجارة على المدة لا تصح إلا ببيان نوع من العمل، وإذا جمع بين العمل والمدة يعتبر الأول. فلو استأجر راعياً ليرعى له غنمه المعلومة بدرهم شهراً فهو أجير مشترك إلا إذا صرح في آخر كلامه بما يدل على أنه خاص بأنه قال لا يرعى غنم غيري. وإذا ذكر المدة أولاً نحو أن يستأجر راعياً شهراً يرعى غنمه المعلومة بدرهم فهو أجير خاص إلا إذا صرح في آخر كلامه بما يدل على أنه مشترك بأن يقول أرع غنمي وغنم غيري.

قال رحمه الله: **(ولا يستحق الأجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ والخياط والنساج)** لأن الإجارة عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما كما تقدم. أقول: لا يخفى أن هذا اختاره القدوري في تعريف المشترك ولم يزد عليه. قال صاحب العناية: وقيل قوله «من لا يستحق الأجرة حتى يعمل» مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين. والحق أن يقال: إنه من التعريفات اللفظية، وفي العتابية: المشترك الحمال والملاح والحائك والخائط والنداف والصباغ والقصار والراعي والحجام والبزاغ والبناء والحفار اهـ. قال رحمه الله: **(والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك)** يعني لا يضمن ما ذكر سواء هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والفارة المكابرة وهذا عند الإمام. وقالا: لا يضمن إذا هلك بما يمكن التحرز عنه لأنه علياً وعمر ضمناه ولأن المعقود عليه الحفظ وبما ذكر لم يوجد

كتخريق الثوب من دقه وزلق الجمال وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون ولا يضمن به بني آدم وإن انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته

الحفظ التام كما في الوديعة إذا كانت بأجر وكما إذا هلك بفعله. ولأبي حنيفة أن القبض حصل بإذنه فلا يكون مضموناً عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت والغصب ولو كان مضموناً عليه لما اختلف الحال، ولا نسلم أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل والحفظ تبعاً بخلاف الوديعة بأجرة لأن الحفظ وجب مقصوداً، وبخلاف ما إذا تلف بعمله لأن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فإذا لم يكن سليماً ضمن، وقد روي عن عمر وعلي أنهما كانا لا يضمنان الأجير المشترك وهو قول إبراهيم النخعي فيتعارض عنهما الرواية فلا تلزم حجة. وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان ورد بأن الاختلاف موجود بين الصحابة وبين أئمتنا رضي الله عنهم، ومبنى الاختلاف أن عندهما الحفظ معقود عليه وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجباً لوجوبه فيكون العقد وارداً عليه، وعنده لا يكون وارداً عليه، وقد تقدم أن بقولهما يفتى في هذا الزمان لتغير أحوال الناس، وإن شرط الضمان على الأجير، فإن كان فيما لا يمكن التحرز عنه لا يجوز بالإجماع لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وإن كان قيماً يمكن التحرز عنه يجوز عندهما خلافاً للإمام. وفي الدراية: أخذ الفقيه أبو الليث في الأجير المشترك بقول الإمام وبه أفتى. وفي المزارعة والمعاملة الفتوى على قولهما لمكان الضرورة. وفي السراجية: وأفتى بعضهم بالصلح على نصف القيمة فيما هلك في يد الأجير المشترك فيما يمكن الاحتراز عنه في عمله، وقيد بالهلاك ليحترز عن الخطأ قال في المحيط: دفع إلى قصار ثوباً ليقصره فجاء ليطلب ثوبه فدفع إليه القصار ثوباً ظاناً أنه له فهو ضامن له وكل من أخذ شيئاً على أنه له ولم يكن له فهو ضامن، ولو كان صاحب الثوب أرسل رجلاً ليأخذ ثوبه فلا ضمان على الرسول وإن أخذ الرسول الثوب بغيبة القصار فرب الثوب بالخيار إن شاء ضمن القصار أو الرسول وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر اهـ. وفي المضمرات: وإذا ضمن عندهما إن كان الهلاك قبل العمل ضمن قيمته غير معمول ولا أجر عليه، وإن كان بعد العمل فرب الثوب إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر عليه، وإن شاء أعطاه قيمته معمولاً ويعطيه أجرته. قال في شرح الطحاوي: معناه يحط عنه قدر الأجرة، ولو ادعى الرد على صاحبه وصاحبه ينكر القول قول الأجير عند الإمام ولكن لا يصدق في دعوى الأجر، وعندهما القول قول صاحب الثوب.

قال رحمه الله: **(وما تلف من عمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الجمال وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون)** هذا جواب المسائل كلها. وقال الإمام الشافعي وزفر: لا يضمن لأنه مأذون فيه فصار كالمعين للدقاق والأمر المطلق ينتظم العمل بنوعيه المعيب والسليم ولا يمكن التحرز عن الدق المعيب. ولنا أن التلف حصل بفعل غير

....

مأذون فيه هو السليم دون غيره عرفاً وعادة فيضمن. وفي المحيط: ولو تخرق لتقصيره في العمل ولعدم معرفته بالعمل يضمن عندنا وعند زفر. وقيد بقوله «بعمله» فشمل عمله بنفسه وعمل أجيره لأنه عمله حكماً قال في المحيط: ثم الأجير المشترك. إنما يضمن ما تلف في يده بشرائط ثلاثة: الأول أن يكون في قدرته دفع ذلك الفساد فلو لم يكن له قدرة على ذلك كما لو غرقت السفينة من موج أو ريح أو جبل صدمها لا ضمان على الملاح. الثاني أن يكون محل العمل مسلماً إليه بالتخلية فلو لم يكن محل العمل مسلماً إليه بأن كان رب المتاع في السفينة أو وكيله فانكسرت السفينة بجذب الملاح لم يضمن. وأما الثالث وهو أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد فلو استأجر دابة لحمل عبد صغير أو كبير فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه أو قوده. قال في المحيط: لو تلف من فعل أجير القصار لا متعمداً فالضمان على القصار لا على الأجير لأن التلف حصل من عمل القصارة، ولو وطئ ثوباً فتخرق ينظر؛ إن كان يوطأ مثله لا ضمان عليه لأنه مأذون دلالة، وإن كان لا يوطأ بأن كان رقيقاً ضمن. ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوباً من القصارة أو حمل شيئاً فوقع على ثوب القصارة فتخرق فالضمان على الأستاذ. ولو استأجر رجلاً ليخدمه فوقع شيء من يده من متاع البيت ففسد لا يضمن، ولو وقع الأجير على ثوب وديعة عند الأستاذ فتخرق ضمن الأجير لأنه ليس بمأذون فيه. وذكر في الأصيل: انفلتت المدقة من يد الأجير فأصابت شيئاً فضمانه على القصار، ولم يفصل بين ثوب القصارة وغيره، ومشايخنا فصلوا فقالوا: إن وقع على ثوب الوديعة ابتداء وخرقة ضمن الأجير، وإن وقع على ثوب القصارة ابتداء يضمن الأستاذ دون الأجير لأنها انفلتت ابتداء على ثوب الوديعة فهذا عمل غير مأذون فيه فيضمن، فأما إذا انفلتت على ثوب القصارة ابتداء فهو عمل مأذون فيه الأجير فيضمن الأستاذ، وعلى هذا التفصيل إذا أصاب آدمياً وقالوا: لو مشى الضيف على بساط المضيف فتخرق من مشيه لم يضمن لأنه مأذون فيه وكذا لو انقلبت الأواني فانكسرت بخلاف ما إذا وطئ آنية من الأواني فأفسدها يضمنها لأنه ليس بمأذون فيه. ولو جفف القصار ثوباً على حبل فمرت حمولة فخرقته فالضمان على الحمال. والراعي إذا ساق الغنم فمات أو وطئ بعضها بعضاً فمات إن كان أجيراً مشتركاً ضمن، وإن كان أجيراً خاصاً فلا ضمان عليه ا هـ مختصراً. وقوله «من دقه» أي دقه حقيقة أو حكماً كدق أجيره. وقوله «كزلق الجمال» قال في الجامع الصغير: استأجر جمالاً ليحمل له كذا إلى موضع كذا فزلق الجمال في أثناء الطريق؛ إن حصل بجناية يده ضمن وإن حصل بما لم يمكن الاحتراز عنه لا يضمن عند الإمام، وعندهما يضمن. وفي الذخيرة: هذا إذا تلف في وسط الطريق، ولو زلقت رجله بعد ما انتهى إلى المكان المشروط فله الأجر ولا ضمان عليه وهو قول محمد أخيراً، وعلى قوله أولاً يضمن هنا أيضاً.

وفي الولوالجية: ولو مطرت السماء فأفسدت الحمل أو أصابته الشمس ففسد فلا

....

ضمان على قول الإمام، وعند أبي يوسف يضمن. وفي الأصل: استأجر دابة ليحمل عليها شيئاً فعثرت الدابة فوقع الحمل أو المملوك لا يضمن المملوك ويضمن الحمل قالوا: إنما يضمن المتاع إذا كان الصبي لا يصلح لحفظ المتاع لأنه لو كان يصلح له لا يضمن المتاع، ولو مر بالدابة على قنطرة وفيها حجر أو ثقب فوقع فيه حمله فتلف يضمن. وقيد بزلق الجمال المستأجر لأنه لو لم يستأجره. قال في المحيط: استأجر قدراً فلما فرغ حمله على حمار فزلق رجل الحمار فوقع فانكسر القدر، فإن كان الحمار يطيق حمل ذلك فلا ضمان عليه، وإن كان لا يطيق فإنه يضمن ا هـ. قوله «وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل» قال محمد في الأصل: إذا انقطع حبل الجمال وسقط الحمل وتلف ضمن. قيد بقوله «يشد به الحمل» لأنه لو كان الحبل لصاحب المتاع لا يضمن. قال في العناية: ولو حمل بحبل صاحب المتاع فتلف لم يضمن. وقال في الهداية: وقطع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنعه. ولقائل أن يقول: تقدم أن الأجير المشترك لا يضمن ما تلف في يده إن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز وفرق بأن التقصير هنا في نفس العمل فيضمن وهناك في نفس الحفظ فلا يضمن. ولو قال رب المتاع للحمال احمله فحملاه فسقط لم يضمن لأن التسليم إليه لم يتم، ولو حمله ثم استعان في موضعه برب المتاع فوضعه فتلف ضمن عند أبي يوسف ولم يضمن عند محمد، ولو قال احمل أيهما شئت هذا بدرهم وهذا بنصف درهم فحملهما فله نصف أجرهما ونصفها إن هلكا، ولو حمل أحدهما أولاً فهو متطوع في الثاني ويضمنه إن هلك لأنه حمله بغير إذن. ولو استأجره ليحمل له جلود ميتة فوقعها وأتلفها فلا أجر ولا ضمان لأنه ليس بمال، ولو استأجره ليحمل هذه الدراهم إلى فلان فأنفقها في نصف الطريق ثم دفع مثلها إلى فلان فلا أجر له لأنه ملكها بأداء الضمان. وفي الواقعات: استأجره ليحمل كذا في طريق كذا فأخذ في طريق آخر تسلكه الناس فتلف لم يضمن قوله وغرق السفينة من مدها. أطلق في قوله من مدها فظاهره أنه يضمن سواء كان رب المتاع معه أو لم يكن وليس كذلك. قال في الأصل: الملاح إذا أخذ الأجرة وغرقت السفينة في موج أو ريح أو مطر أو فزع. وفي الخانية: أو من شيء وقع عليها أو من شيء ليس في وسعه دفعه فلا ضمان عليه، وإن حصل الغرق من أمر يمكن التحرز عنه فكذلك عند الإمام، وعندهما يضمن وإن حصل الغرق من مده وصاحب المتاع معه لم يضمن. وفي الأصل: وإن كان صاحب المتاع في السفينة أو وكيله وغرقت السفينة من مده ومعالجته فلا ضمان إلا أن يخالف بأن يضع فيها شيئاً أو يفعل فيها فعلاً متعمداً الفساد، وهذا بخلاف ما إذا أجرت الدابة فسقط المتاع فهلك وصاحب المتاع معه فإن الأجير يضمن ا هـ. والمراد بالمد حبل السفينة التي تمد به. وفي التتمة: استأجر سفينة ليحمل عليها الأمتعة هذه فأدخل الملاح عليها أمتعة أخرى بغير رضاه وغرقت وهي كانت تطيق ذلك لم يضمن الملاح ا هـ. قال

في محله ولا أجر أوفى موضع الانكسار وأجره بحسابه ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد والخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل

رحمه الله: **(ولا يضمن به بني آدم)** ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة ولو كان بسوقه وقوده لأن الآدمي لا يضمن بالعقد وإنما يضمن بالجناية، وقيل هذا إذا كان كبيراً ممن يستمسك بنفسه ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق.

قال رحمه الله: **(وإن انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في محله ولا أجر أوفى موضع الانكسار وأجره بحسابه)** أما الضمان فلأنه تلف بفعله لأن الداخل تحت العقد عمل غير مفسد والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذه الوجه، وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن متعدياً وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء، فإن مال إلى كونه متعدياً من الابتداء ضمنه قيمته ولا أجر له، وإن مال إلى كونه مأذوناً فيه في الابتداء وإنما حصل التعدي عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه الأجر بحسابه. قال في شرح الطحاوي: معناه أسقط قدر الأجرة هذا إذا انكسر بصنعه بأن زلق وعثر، فإن عثر بغير صنعه بأن زحمه الناس لا يضمن عند الإمام ولا أجر له، وعندهما يضمن قيمته في موضع ما انكسر ولا يخير لأن العين مضمونة عندهما على ما بينا. قال في التتارخانية: هذا إذا انكسر الدن بجناية يده، أما إذا حصل لا بجناية يده؛ فإن كان يأمر لا يمكن التحرز عنه لا ضمان عليه بالإجماع، وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه فكذلك عند الإمام، وعندهما يجب الضمان وللمالك الخيار. وقوله «في الطريق» قال في الذخيرة. قيد احترازي فإذا انكسر الدن بعد ما انتهى به إلى بيته فله الأجر ولا ضمان عليه وهذا قول محمد أخراً، أما على قول أبي يوسف وهو قول محمد أولاً يجب أن يكون ضامناً ا هـ. وقد تقدم. قال رحمه الله: **(ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد)** لأنه التزمه بالعقد فصار واجباً عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما إذا حد القاضي أو عزر ومات المضروب بذلك إلا إذا كان يمكنه التحرز عن ذلك كدق الثوب فأمكن تقييده بالسليم بخلاف الفصد ونحوه فإنه ينبني على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير الباري فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد. وهذا كله إذا لم يهلك، وإن هلك يضمن نصف دية النفس لأنه هلك بمأذون وغير مأذون فيضمن بحسابه حتى لو أن الختان قطع الحشفة وهو عضو كامل يجب عليه الدية كاملة، وإن مات وجب نصف الدية وهي من أندر المسائل وأغربها حيث يجب الأكثر بالبرء وبالهلاك الأقل. وفي شرح الطحاوي: لو قطع الحشفة فعليه القصاص، ولو قطع بعض الحشفة فلا قصاص عليه، ولم يذكر ما يجب عليه. وفي الصغرى: تجب حكومة عدل. وفي

كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله وصح

الخلاصة: الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوءه لم يضمن كالختان إلا إذا غلط، فإن قال رجلان إنه ليس بأهل وقال رجلان هو أهل لم يضمن، فإن كان في جانب الكمال واحد في جانب الآخر اثنان ضمن، ولو قال رجل للكحال دا وبشرط أن لا يذهب بصره فذهب لم يضمن أمر رجلاً أن يقلع سنه فقلعه ثم اختلفا قال أمرتك أن تقلع غيره وقال الحجام أمرتني بقلع هذا القول قول الآمر ا هـ. وفي الظهيرية: ولو بزغ واختلفا فالقول للآمر ويضمن القالع أرش السن. وفي الخلاصة: ولو قلع ما أمره ولكن سن آخر متصل بهذا السن سقط ضمنه. وظاهر عبارة المؤلف أن الضمان ينتفي بعدم المجاورة، وذكر في الجامع الصغير: وحجامة العبد بأمر المولى حتى إذا لم يكن بأمر المولى يجب الضمان. قال في الكافي: عبارة المختصر ناطقة بعدم التجاوز وساكتة عن الإذن وعبارة الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به هذا بياناً لما سكت عنه الآخر، ويستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان ا هـ.

قال رحمه الله: **(والخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم)** يعني الأجير الخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة عمل أو لم يعمل. قال الأكمل: وما يرد على تعريف الأجير المشترك يرد مثله على تعريف الخاص ا هـ. وسمي الأجير خاصاً ووحده لأنه يختص بالواحد وليس له أن يعمل لغيره ولأن منافعه صارت مستحقة للغير والأجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنع مانع من العمل كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكين، ولم يتعرض المؤلف إذا عمل المتعدد ونحن نبين ذلك. قال في المحيط: ولو أجر نفسه من غيره وعمل للأول والثاني استحق الأجر كاملاً على كل واحد منهما ولا يتصدق بشيء ويأثم ا هـ. قال صاحب الهداية: والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يستحق الأجر عليه وإن نقض العمل. قال صاحب النهاية: نقض على البناء للمفعول بخلاف الأجير المشترك فإنه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل فنقضه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط أن يعيد العمل لأنه لو أجير لكان بحكم العقد الذي وقع في ذلك قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي نقض فعليه أن يعيد العمل لأنه لما نقضه صار كأنه لم يحصل منه عمل، ومثله الإسكافي والملاح حتى إذا أراد الملاح رد السفينة منع من ذلك. وإنما يكون أجيراً خاصاً إذا شرط عليه أن لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولاً فإنه جعله خاصاً بأول كلامه حيث ذكر المدة أولاً. وقوله «لرعي غنمه» يحتمل أن يكون لايقاع العقد على العمل فيصير مشتركاً، ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل فإن الإجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل فلم

....

يعتبر حكم الكلام الأول بالاحتمال. ولو قدم ذكر العمل وأخر المدة بأن قال ارع غنمي بدرهم شهراً كان أجيراً مشتركاً لأنه جعله مشتركاً بأول كلامه بإيقاع العقد على العمل. وقوله «شهراً» يحتمل أن يكون لايقاع العقد على المدة فيكون خاصاً، ويحتمل أن يكون لتقدير العمل في المدة فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه. وفي المحيط: فإذا كان خاصاً فماتت شاة أو أكلها سبع أو غرقت في نهر فلا ضمان على الراعي لأنه أمين ولا ينقص من الأجر بحسابها لأن المعقود عليه تسليم نفسه وقد وجد. ولهذا لو سلم نفسه ولم يأمره بالرع تجب الأجرة وهو يصدق فيما يدعيه من الهلاك مع اليمين، ولو سلم إلى الراعي عدداً فأراد أن يزيد عليه والراعي يطيقه فله ذلك استحساناً لأن المستحق عليه الرعي بقدر ما يطيق لا رعي أغنام بعينها حتى قلنا في الظئر: لو استأجرها لإرضاع صبي فأراد أن يرضع صبياً آخر ليس له لأن العقد وقع على العمل وفيه زيادة عمل. ولو كان الراعي أجيراً مشتركاً لكان حكمه حكم الظئر لتعلق العقد بالمسمى فلا يزيد عليه ويلزمه رعي الأولاد وما بيع منها سقط من الأجر بحسابه، ولو شرط عليه رعي الأولاد صح استحساناً لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة. راع مشترك خلط الأغنام فالقول في التمييز للراعي مع يمينه إن جهل صاحبه، وإن جهل الراعي يضمن قيمة الكل لأن الخلط استهلاك شرط على المشترك أن يأتي بعلامة الميت إن لم يأت فهو ضامن، وليس للراعي أن ينزي على الغنم إلا بإذن مالكها، فإن فعل فعطب ضمن لأن هذا ليس من الرعي فإن نزى الفحل بدون فعله لم يضمن عند الإمام، وعندهما يضمن لأنه مما يمكن الاحتراز عنه. ندت واحدة فخلف على الباقي إن تبعها فلا ضمان عليه عند الإمام لأنه ترك حفظها بعذر، وعندهما يضمن. ولو سرق غنم وهو نائم لم يضمن عند الإمام، وعندهما يضمن. ولو ذبح الراعي شاة خوفاً عليها ضمن قيمتها يوم الذبح. قال مشايخنا: هذا إذا كان يرجى حياتها، وإن كان لا يرجى لا يضمن لأنه مأذون فيه في هذه الحالة. عطب بعض الغنم فقال المالك شرطت عليه أن ترعى في مكان كذا غير هذا المكان وقال الراعي شرطت هذا المكان فالقول قول المالك والبينة للراعي، وهذا عند الأمام. وعندهما يضمن ولا يأخذ المصدق من الراعي، فإن أخذ منه فلا ضمان لأنه ليس في وسعه دفع السلطان والهلاك إذا كان بأمر لا يمكن التحرز عنه لا يضمن بالإجماع جعل الأجر لبنها وصوفها فالإجارة فاسدة للجهالة في اللبن والصوف والراعي ضامن لما أصاب من لبنها وصوفها. ا هـ مختصراً.

قال رحمه الله: **(ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله)** أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبضها بإذن مالكها فلا يضمن بالإجماع وهذا ظاهر على قول الإمام، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك كان نوع استحسان وقد تقدم وجهه، والأجير الخاص يعمل في بيت المستأجر ولا يقبل الأعمال من غيره أخذا فيه بالقياس. وأما الثاني فلأن المنافع صارت مملوكة

ترديد الأجير بترديد العمل في الثوب نوعاً وزماناً في الأول وفي الدكان والبيت

للمستأجر وأمره بالصرف إلى ملكه فصح وصار نائباً عنه وصار فعله منقولاً إليه لأنه فعله بنفسه، ولأن البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل، وهذا لأن المبيع منفعته وهي سليمة وإنما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن يضمن شيئاً ما هو عليه فلا يشترط فيه السلامة فلا يضمن ما تلف إلا إذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع. وفي المحيط: وعلى هذا التفصيل أما في الضمان تلميذ القصار وأجيره سائر الصنائع. قال رحمه الله: **(وصح ترديد الأجير بترديد العمل في الثوب نوعاً وزماناً في الأول)** يعني يجوز أن يجعل الأجر متردداً بين تسميتين ويجعل العمل متردداً في الثوب بين نوعي العمل بأن يقول إن خطت فارسياً فبدرهم أو رومياً فبدرهمين أو صبغته بعصفر فبدرهم وبزعفران فبدرهمين. أو يجعل العمل متردداً بين زمانين بأن يقول إن خطته اليوم فبدرهمين وإن خطته غداً فبنصف درهم يجوز في الأول دون الثاني وهو معنى قوله «وزماناً في الأول». ويجوز التردد بين ثلاثة أشياء ولا يجوز بين أكثر كما تقدم. ولو قال المؤلف رحمه الله تعالى «وصح ترديد الأجر بترديد العمل نوعاً وزماناً في الأول فيما دون الأربعة» لكان أولى لأنه يفهم من الإطلاق أنه يصح في أكثر من الأربعة وهذا خيار التعين إلا أنه لا بد في البيع من اشتراط الخيار. وفي الإجارة لا يشترط ذلك، والفرق أن تحقيق الجهالة في البيع لا يرتفع إلا بإثبات الخيار بخلاف الإجارة. واستشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول: الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكر، أما التي في طرف العين المستأجرة فهي ثابتة وتفضي إلى المنازعة فينبغي أن لا يصح بدون شرط اليقين اهـ. وهذا التفصيل في الزمان قول الإمام. وقالا: الشرطان جائزان. وقال زفر: الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر لمقابلته بدلان فيكون مجهولاً. ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وغداً للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان وللإمام في الأول قال فارسياً ورومياً فسمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما بدلاً معلوماً فيجوز للإمام أيضاً إذا كان الترديد في الزمان إن ذكر اليوم للتعجيل والغد للإضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم دليل المجاز وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لأن مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لأن تعين العمل مع التوقيت مفسد، فإن تعين العمل يوجب كونه أجيراً مشتركاً وتعين الوقت يوجب كونه خاصاً وبينهما تفاوت فلا تجتمعان فتعين المجاز كي لا يفسد فحملاه على التعجيل، وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الإضافة يعني في التعليق فتركاه على حقيقته، فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر للإضافة لم يجتمع في اليوم إلا نسبة واحد فلم يفسد، فإذا خاطه اليوم فله الدراهم، واجتمع في غد تسميتان فوجب حمله على الإضافة، وهذا يناقض ما قدمه من أنه إن كان العمل أولاً فالزمان لغو أو الزمان أولاً فالعمل لغو فهو في الأول أجير مشترك

....

وفي الثاني أجير خاص، فإذا خاطه في غد فله أجر مثله لا يزاد على نصف درهم بخلاف الفارسية والرومية لأنهما عقدان مختلفان لم يجتمعا فافترقا. ويشكل على ما علل به في اليوم والغد مسألة الراعي فإنها جمع فيها بين ذكر الوقت والعمل وتصح الإجارة بالاتفاق، ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر أجيراً مشتركاً إن وقع ذكر العمل أولاً وأجيراً وحده إن وقع ذكر الوقت أو لا كما ذكر في الذخيرة والمحيط.

قال صاحب الكافي: وفي المسألة إشكال على قول الإمام حيث جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى أجاز العقد، وفي مسألة الخياط جعله للتوقيت وأفسد العقد. والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة ولم نعمم هناك وكان التوقيت مراداً ففسد العقد. وقوله «ترديد الأجرة» قيد اتفاقي لأنه لا فرق بين ترديد الأجرة ونفيها لما قال في المحيط البرهاني: لو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلا أجر لك قال محمد في الإملاء: إن خاطه في اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعاً لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، ونفي التسمية في اليوم الأول لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب أجر المثل اهـ بلفظه. وفي التتارخانية بعد أن ذكر هذا الفرع، هذا إذا جمع بين الأمرين فلو أفرد العقد على اليوم بأن قال إن خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه في الغد لم يذكر محمد هذا في شيء من الكتب، وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول على قولهما يستحق أجر المثل إذا خاطه في غد. وعلى قول الإمام لقائل أن يقول يجب، ولقائل أن يقول لا يجب ذلك وإن يقول هذا العقد هنا فاسد على قول الإمام لأنه جمع بين الوقت والعمل ولم تقم قرينة على أنه أراد بالوقت التعجيل فما وجه القول بالصحة؟ وفي العتابية: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته في غد فلا شيء لك فسد العقد لأنه شرط القمار وقيل يصح في اليوم ويفسد في الغد، ولو قال ما خاطه اليوم فبحساب درهم وما خاطه غداً فبحساب نصف درهم يفسد لأنه مجهول. ولو قال ما خاطه من هذه الثياب رومياً فبكذا وفارسياً فبكذا يفسد للجهالة، وهذا التفصيل في صورة المتن هو المذكور في الجامع الصغير وحكى الفقيه عن أبي القاسم الصفار: ينبغي أن يفسد العقد في اليوم الغد بلا خلاف فإن خاطه في الغد فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم، وهذا يشير إلى أنه يجوز أن يزيد على نصف درهم وهو رواية الأصل. وفي المسألة روايتان، وصحح القدوري رواية ابن سماعة وهو الصحيح وهو المذكور في المتن ولم يتعرض لما إذا خاط بعضه في اليوم وبعضه في غد ونحن نبين ذلك قال في العناية: ولو خاطه نصفه في اليوم ونصفه في الغد يجب في اليوم نصف درهم وفي الغد أجرة مثله لا يزاد على نصف درهم ولا ينقص عن ربع درهم. وقوله «زماناً في الأول» قيد اتفاقي لأنه لو ردد في الأجرة كذلك. وأطلق في قوله «زماناً في

والدابة مسافة وحملاً ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط ولا يأخذ المستأجر من

الأول» فشمل ما إذا قدم الأول وآخر الغد وقدم الغد وأخر اليوم يصح العقد في الغد ويفسد في اليوم. قال في الغياثية: ولو بدأ بالغد ثم اليوم فعند الإمام الصحيح هو الأول. وفي إجارة الأصل: لو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ذكر الخلاف على نحو ما ذكر في المتن.

قال رحمه الله: **(وفي الدكان والبيت والدابة مسافة وحملاً)** يعني يجوز أن يجعل الأجر متردداً في الدكان بأن يقول إن سكنت حداداً فبدرهمين وإن سكنت عطار فبدرهم، أو يتردد بين مسافتين في الدابة أو بين حملين بأن يقول إن ذهب إلى بغداد بكذا وإلى الكوفة بكذا، أو إن حملت قطناً فبكذا وإن حملت حديداً فبكذا وهذا قول الإمام. وعندهما لا تجوز هذه الإجارة. لهما أن الأجرة والمنفعة مجهولتان لأن الأجر في الأجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري أي العملين يقدر ولا أي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لأن الإجارة لا تجب فيه إلا بالعمل وبه ترفع الجهالة، وبخلاف الترديد في اليوم والغد لأنه عندهما كمسألة الرومية أو الفارسية فلا يجب الأجر إلا بعد العمل، فعند ذلك هو معلوم هذا هو القاعدة. فإن قلت: فما الفرق على قولهما بين الترديد في العمل والزمان حيث جوزاها ومعناه في البيت والدكان والإمام جوز هنا ومنع في الزمان؟ قلت: قالا: التفاوت في السكنى فاحشة فمنعاه والإمام قال: هو رضي بإدخال الضرر على نفسه فأجازه وللإمام أنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجراً معلوماً فوجب أن يجوز كما في الرومية والفارسية والإجارة تعقد للانتفاع، فالظاهر أن يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترفع الجهالة بخلاف الترديد في اليوم والغد على ما تقدم وهنا يجوز الترديد بين شيئين بأن يقول أجرتك هذه الدار كل شهر بمائة أو هذه الدار بمائتين أو هذه الدار بثلاثمائة، ولا يجوز بين أكثر من ذلك لما تقدم. وفي الكبرى: واختلف المشايخ على قول الإمام في مسألة الدابة والدار إذا سلم ولم يسكن ولم يحمل عليها ولم يركبها؛ قال بعضهم يجب أقل الأجرين وهو المقابل بأدنى العملين والزائد مشكوك فيه فلا يجب بالشك، وقال بعضهم إذا وجد التسليم ولم توجد المنفعة جعل التسليم لهما إذا ليس أحدهما بأولى من الآخر فيجب نصف آجر كل من الحداد والقصار ونصف أجر الحمل ونصف أجر الركوب. وفي التتارخانية: وذكر الكرخي من استأجر دابة من بغداد إلى البصرة بخمسة وإلى الكوفة بعشرة، فإن كانت المسافة إلى البصرة نصف المسافة إلى الكوفة فالعقد جائز، وإن كان أقل أو أكثر لا يجوز على قول محمد. وقال الإمام: يجوز. وفي نوادر هشام عن محمد: إذا قال لغيره إن حملت هذه الخشبة إلى موضع كذا فبدرهم، وإن حملت هذه الأخرى إلى موضع كذا فبدرهمين فحملهما إلى ذلك الموضع فله درهمان وهو يخالف رواية ابن سماعة ا هـ. قال رحمه الله: **(ولا**

....

يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) لأن مطلق العقد تناول الخدمة في الإقامة وهو الأعم الأغلب وعليه عرف الناس فانصرف إليه فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر لأنه أشق، ولأن مؤنة الرد على المولى فيلحقه ضرر بذلك فلا يملكه إلا بإذنه بخلاف العبد الموصي بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لأن مؤنة الرد عليه ولم يوجد العرف في حقه. لا يقال لما ملك المنفعة ملك أن يسافر به كالمولى لأنا نقول: المولى إنما ملك ذلك لأنه ملك الرقبة. قيد بقوله «ولا يسافر» فأفاد أن له أن يستعمل فيما دون السفر ففي المحيط: استأجر عبداً ليخدمه ولم يبين مكان الخدمة له أن يستخدمه بالكوفة دون خارج الكوفة. قال شمس الأئمة: يعني لا يسافر بالعبد وله أن يخرجه إلى القرى وأفنية المصر ويستخدمه إلى العشاء الأخيرة، وليس له أن يضربه، وله أن يكلفه أنواع الخدمة ويخدم ضيفانه وامرأته. وأطلق في قوله «ولا يسافر» وهو مقيد بما إذا لم يكن متهيئاً للسفر وقد عرف بذلك لأن المعروف كالمشروط. ولو سافر به صار غاصباً ولا أجر عليه إن سلم لأن الضمان والأجر لا يجتمعان. وفي المحيط: لا يكلفه الخبز والطبخ والخياطة وعلف الدواب قال: تفسيره أن يعقده خياطاً ليخيط للناس أو خبازاً ليخبز للناس لأنه ليس من الخدمة بل من التجارة، وأما إذا خاط له وخبز له فله ذلك لأنه من أنواع الخدمة. ولو دفع عبده إلى حائك ليعلمه النسج واشترط عليه أن يحذقه في ثلاثة أشهر ولم يجز لأن التحديق ليس بعلم معلوم، ولو أجر عبده سنة فأعتق العبد في خلال السنة جاز عتقه والعبد بالخيار إن شار أجاز العقد فيما بقي وله أجر ما بقي من السنة، وإن شاء فسخ: وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى فإن كان المولى قبض الأجرة معجلاً فأعتق العبد من خلال السنة؛ فإن أجاز العبد العقد فيما بقي سلم ذلك للسيد، ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه بإذن المولى ثم أعتق العبد فله الخيار كما تقدم إلا أن العبد هو الذي يقبض الأجرة. وفي الغياثية: وإن قبض المولى جميع الأجرة قبل عتقه فذلك له إن لم يكن على العبد دين وإن كان صرف إلى غرمائه والفضل له لأنه كسب عبده. وأفاد قوله «استأجر عبداً» أن كلاً منهما ذكر لأنه لو استأجر أمة لا بد فيه من تفصيل، أو استأجر المرأة ذكر التخدمه لا بد فيه من تفصيل، أو استأجرت حراً لا بد فيه من تفصيل، ولو أجر عبده سنة فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه قبل الإجارة فالأجرة للعبد، ولو قال العبد أنا حر وقد فسخت الإجارة فلم يقم بينة ودفعه القاضي إلى مولاه فأجبر على العمل فأقام بينة أنه حر وإن المولى أعتقه قبل الإجارة فلا أجر للعبد لأنه لو لم يقل فسخت كان الأجر للعبد، ولو كان غير بالغ وادعى العتق وقد أخره وقال فسخت ثم عمل فالأجرة للغلام اهـ مختصراً. وفي التتارخانية: ويكره للرجال أن يستأجر امرأة للخدمة حرة كانت أو أمة، وإن كان له عيال فلا بأس بذلك إذا كان ثقة وبه يفتي. ولو استأجر الرجل امرأته للخدمة لا يجوز أجر لها ولو لغسل الثياب والخياطة يجوز. ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة لا يجوز ولا أجر عليها لو خدم ولو

عبد محجور عليه أجراً دفعه لعمله ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره ولو

استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولا أجر له لا فرق بين الكافر والمسلم. ولو استأجر أباه لرعي غنمه يجوز، ولو استأجر أمه أو جدته للخدمة لا يجوز، ولو خدم فله المسمى. ولو استأجر عمه وهو أكبر منه أو أخاه وهو أكبر منه لا يجوز. وفي فتاوى الفضلي: لا يجوز إجارة المسلم نفسه من كافر في الخدمة وفيما غير الخدمة يجوز. وذكره في صلح الأصل: ادعى على آخر داراً فصالحه على خدمة عبده سنة كان له أن يخرج بالعبد إلى أهله. قال شمس الأمة الحلواني: لم يرد بإخراجه إلى أهله السفر وإنما أراد القرية وأفنية المصر. وقال شمس الأئمة السرخسي: له في مسألة الصلح أن يسافر بخلاف مسألة الإجارة اهـ. ويطلب الفرق.

قال رحمه الله: **(ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور عليه أجراً دفعه لعمله)** يعني لو استأجر رجل عبداً محجوراً عليه من نفسه فعمل وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذ منه، والقياس له أن يأخذه منه لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لأنه بالاستعمال صار غاصباً له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فله أن يسترده قياساً. وفي الاستحسان لا يسترد لأن التصرف من العبد في هذه الحالة نافع على تقدير السلامة صار على تقدير الهلاك والنافع مأذون فيه فيملكه العبد فيخرج الأجر عن ملكه فبعد ما سلم تمحض نفعاً في حق المولى لأنه إذا جاز تحصل للمولى الأجر ولو لم يجز ضاعت منافع العبد فتعين القول بالجواز وصح قبض العبد الأجرة فلا يسترد بخلاف ما إذا هلك العبد في حالة الاستعمال فإنه يجب على المستأجر قيمته، وإذا صار غاصباً من وقت الاستعمال فيصير مستوفياً منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الأجرة للصبي المحجور عليه إذا استأجر نفسه وسلم فإن الأجرة له لأنه غير ممنوع عما ينفعه. وفي النهاية: الأجر الذي يجب في هاتين الصورتين هو أجر المثل فإن أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد وأجر ما مضى للمولى والأجرة في المستقبل للعبد. وفي قاضيخان: الأب والجد ووصيهما إذا أجر عبداً لصبي سنين ثم بلغ الغلام لم يكن له أن يفسخ، والصبي إذا أجر نفسه وسلم ثم بلغ له أن يفسخ الإجارة اهـ. وفي المحيط: المكاتب إذا أجر عبده ثم عجز المكاتب رد في الرق فالإجارة باقية في قول أبي يوسف، وقال محمد: تنتقض اهـ. وفي التتارخانية: ولو أجر الرجل عبداً ثم استحق وأجاز المستحق الإجارة فإن كانت الإجارة قبل استيفاء المنفعة جاز وكانت الإجرة للمالك، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تعتبر الإجارة ولا أجر للعاقد، وإن أجاز في بعض المدة فالماضي له والباقي للمالك عند أبي يوسف. وقال محمد: أجرة ما مضى للغاصب وما بقي فهو للمالك اهـ. قال رحمه الله: **(ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره)** معناه إذا غصب رجل عبداً أجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الأجرة

وجده ربه أخذه وصح قبض العبد أجره ولو أجر عبده هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة صح والأول بأربعة ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال

فأكلها فلا ضمان عليه عند الإمام. وقالا: عليه ضمانه لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه ولا تأويل له. وللإمام أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لأن الإحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا ليس في يده ولا يد نائبه لأن الغاصب ليس بنائب عنه ولا العبد بل العبد وما في يده في يد الغاصب فلم يكن محرزاً فلا ضمان فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولأن الأجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل، ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها، وما تردد بين أصلين توفر فيه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الأجر في يده فقلنا المالك أحق به، ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان عليه إذا أكل الأجرة بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالإتلاف تعدياً لأنه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الأم فيضمنه بالتعدي كالأم، ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد، له ولو أجر العبد كان الأجر له. قال رحمه الله: **(ولو وجده ربه أخذه)** يعني لو وجد رب العبد ما في يد العبد من الأجرة أخذه لأنه أخذ عين ماله، ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فإنه لم يبق متقوماً حتى لا يضمن بالإتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك. قال رحمه الله: **(وصح قبض العبد أجره)** يعني لو قبض العبد الأجرة من المستأجر جاز قبضه بالإجماع لأنه المباشر للعقد وحقوق العقد إليه فيصح لكونه مأذوناً في التصرف النافع وهذه مكررة مع قوله «ولا يأخذ مستأجر من عبد محجور» إلى آخره لأنه أفاد صحة القبض ومنع الأخذ فهي تكرار بلا فائدة فتأمل.

قال رحمه الله: **(ولو أجر عبده هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة صح والأول بأربعة)** لأنه لما قال أولاً شهراً بأربعة انصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للصحة كما لو سكت عليه لأن الأوقات في حق الإجارة بمنزلة الأوقات في حق اليمين أن لا يكلم فلاناً لأن تنكرها مفسد فتعين عقبها، فإذا انصرف الأول إلى ما يليه انصرف الثاني تحرياً للأخير لأنه أقرب الأوقات إليه فصار كما لو صرح به. قال تاج الشريعة: فإن قلت: هذا التعليل إنما يستقم إذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت: رأيت في المبسوط وغيره: استأجر عبداً شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اهـ. وقال صاحب العناية: قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكراً مجهولاً والمذكور في الكتاب ليس كذلك. وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما في كلام المؤجر من التنكير فكان الأولى أن يقول «ولو قبل إجارة عبد» إلى آخره فلو قال ذلك لكان أولى وكان يسلم من الاعتراض فتأمل.

....

قال رحمه الله: **(ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال)** يعني لو استأجر عبداً شهراً مثلاً ثم قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر استناده إلى أول المدة فقال أصابه قبل ن تأتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من شهد له الحال مع يمينه لأن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحاً، وإن لم يصلح حجة كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحون. وهذا إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لأنه لا إشكال فيه لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق والظاهر يصلح له، فإن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق، وجوابه أنه يستحق بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقاً بمجرد الظاهر، وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب فقد أقر بالوجوب عليه، وإذا أنكره يكون متعرضاً لنفيه فلا يقبل إلا بحجة. وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقتني قبل ولادتي فهو حر وقال المولى أعتقتها بعده فهو رقيق فالقول قول من الولد في يده لأن الظاهر يشهد له، وكذا لو باع نخلاً فيه ثمرة واختلفا في الثمرة معها كان القول قول من في يده الثمرة. وهذا كله إذا اتفقا على قدر الأجرة واختلفا في الوجوب، فلو اختلفا في قدر الأجرة واتفقا في الوجوب قال في فتاوى قاضيخان: ولو اختلفا في الأجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال صاحب الثوب بدانقين فأيهما أقام البينة قبلت بينته، وإن أقاماها فبينة الصباغ، وإن لم يكن لهما بينة ينظر ما زاد الصبغ في قيمة الثوب، فإن كان درهماً أو أكثر يؤخذ بقول الصباغ فيعطي درهماً بعد يمينه بالله ما صبغه بدانقين، وإن كان ما زاد الصبغ فيه أقل من دانقين كان القول قول رب الثوب مع يمينه على ما ادعى الصباغ، فإن كان يزيد في قيمة الثوب نصف درهم يعطى لصباغ نصف درهم مع يمينه كما تقدم، وإن كان ينقص الصبغ الثوب كان القول قول صاحب الثواب ا هـ. قال في المحيط وغيره: وإذا اختلف شاهد الأجرة في مقدارها إن كانت الحاجة إلى القضاء بالعقد قبل استيفاء المعقود عليه فالشهادة باطلة، سواء كان يدعي أقل المالين أو أكثرهما، فإن كانت الحاجة إلى القضاء بالدين بأن وقع الاختلاف بعد الاستيفاء وقد تقدم. ولو اختلفا في نفس المنفعة فشهد أحدهما بالركوب والآخر بالحمل أو قال أحدهما بزعفران وقال الآخر بعصفر لم تقبل الشهادة. هذا إن اتفقا على العين المؤجرة، فلو اختلفا فيها قال في المحيط: لو اختلفا في العين المؤجرة بأن قال المؤجر أجرتك هذه الدابة وقال المستأجر بل هذه يتحالفان، ولو اختلفا في جنس الأجرة وأقاما البينة وكل بينة تثبت الزيادة تقبل بينة كل فيما يدعيه، ولو اختلفا في المسافة فقال أحدهما مثلاً في ديارنا إلى الخانكا وقال الآخر إلى بلبيس يتحالفان، وأيهما قام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها جميعاً أخذ ببينة رب الدابة في إثبات الأجرة وببينة المستأجر في إثبات زيادة المسافة.

والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه.

باب فسخ الإجارة

وتفسخ بالعيب وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى وتفسخ بموت أحد

قال رحمه الله: **(والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه)** يعني إذا اختلف رب الثوب والخياط في المخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تعمل قباء وقال الخياط قميصاً، أو في لون الصبغ بأن قال رب الثوب أحمر وقال الصباغ أصفر، أو في الأجرة بأن قال صاحب الثوب عملته بغير أجرة وقال الصباغ بأجرة كان القول قول رب الثوب، وظاهر العبارة أنه لا فرق بين كون رب الثوب معروفاً بلبس ما نفاه أو لا، والذي يقتضيه النظر إن كان معروفاً بلبس ما نفاه أن يكون القول قول الخياط وإن لم يكن معروفاً أو جهل الحال يكون القول قول رب الثوب، أما إذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلأن الإذن يستفاد منه فهو أعلم بكيفيته لأنه إذا أنكر الإذن أصلاً كان القول قوله فكذا إذا أنكر وصفه لأن الوصف تابع للأصل لكنه يحلف لأنه ادعى عليه شيئاً لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف، فإذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب ضمير إن شاء ضمنه ثوباً غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولاً وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى على ما بينا. وعن محمد: إنه يضمن ما زاد الصبغ فيه، لا يقال هذه مكررة مع قوله «ولو اختلفا في الإجارة قبل الاستيفاء إلى آخره» لأنا نقول: هناك اتفقا على نوع العمل واختلفا في الأجرة وهنا اتفقا على الأجرة واختلفا في نوع العمل فلا تكرار، وأما إذا اختلفا في الأجرة فلأن المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الأجر والصباغ يدعيه فكان القول للمنكر وهذا قول الإمام. وقال الثاني: إن كان الصابغ حريفاً له أي معاملاً له بأن كان يدفع إليه شيئاً للعمل ويقاطعه عليه فله الأجر وإلا فلا. وقال محمد: إن كان الصابغ معروفاً بهذه الصنعة بالأجرة كان القول قوله وإلا فلا، لأنه لما فتح الدكان لذلك جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتباراً بظاهر المقاصد. وقولهما استحسان والقياس قول الإمام والفتوى على قول محمد، فإن قلت: هذه متكررة مع قوله «وبخياطة قباء وأمر بقميص» فالجواب أن تلك باعتبار الضمان وهذا باعتبار أن القول لرب الثوب عند الاختلاف فلا تكرار. وفي التتارخانية: ولو اختلف هو والقصار في أجر الثوب فقال القصار بربع درهم وقال رب الثوب عملته بقيراط، فإن اختلفا قبل الشروع في العمل تحالفا وترادا، وإن كان بعد الفراغ من العمل فالقول قول رب الثوب ولم يحكم مقدار ما زادت القصارة فيه اهـ. والله أعلم.

باب فسخ الإجارة

ذكر الفسخ آخراً لأن فسخ العقد بعد وجوده لا محالة فناسب ذكره آخراً. قال رحمه

....

الله: **(وتفسخ بالعيب)** أي تفسخ الإجارة بالعيب، وظاهر قوله. وظاهر قوله «تفسخ» أفاد أنها لا تتوقف على رضا الآخر ولا على القضاء، وفي التتارخانية: وإذا تحقق العذر هل ينفسخ بنفسه أو يحتاج إلى الفسخ؟ إشارات الكتب متعارضة ففي بعضها ينفسخ بنفس العذر وبه هو أخذ بعض المشايخ، وفي عامتها يحتاج إلى الفسخ وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح، وقيل العقد ينفسخ بدون الرضا قيل هو الصحيح وبعض المشايخ قال: إن كان العذر يمنع المضي ينفسخ بنفسه ولا يحتاج إلى القضاء، وإن كان لا يمنع المضي يحتاج إلى القضاء اهـ. وفي الزيادات: يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ الإجارة. قال شمس الأئمة: رواية الزيادات أصح؛ كذا في الخلاصة. وفي الجامع الصغير: يشترط لصحة الفسخ الرضا أو القضاء اهـ. وأطلق المؤلف في العيب وقال في البدائع: هذا إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر، فإن زمان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازماً ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط في الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكناها إلى آخره بخلاف ما إذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لأنه إذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع إلى المعقود عليه فأوجب له الخيار فله أن يفسخ، ثم إنما يلي الفسخ إذا كان المؤجر حاضراً، فإن كان غائباً فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لأن فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما، فلو كان لا يضر بها فليس له الفسخ كالعبد المستأجر إذا ذهب إحدى عينيه وهي لا تضر بالخدمة أو الدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها، وإن كان يؤثر في السكنى أو الخدمة كالعبد إذا مرض أو الدابة إذا دبرت أو الدار إذا سقط منها حائط ينتفع به في السكنى. ولو استأجر دارين فسقط من أحدهما حائط أو منع مانع من أحدهما أو وجد في أحدهما عيب ينقص السكنى فله أن يتركهما جميعاً إذا كان عقد عليهما عقد واحد. اهـ. قال الشارح: لأن العقد يقتضي سلامة البدل فإذا لم يسلم فات رضاه فله أن يفسخ كما في البيع. والمعقود عليه هنا المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب خيار الفسخ، فإذا فعل المؤجر ما زال به العيب فلا خيار للمستأجر لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعد فسقط اختيار الفسخ، وإذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب يلزمه جميع البدل. وفي الظهيرية: وذلك إما أن يكون من قبل أحد العاقدين أو من قبل المعقود عليه. وفي التجريد: إما أن يمنع الانتفاع أو ينقص الانتفاع بالمنفعة. ولما تنوّع العيب إلى هذه الأنواع شرع يبين الأنواع.

قال رحمه الله: **(وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى)** يعني تنفسخ الإجارة بهذه الأشياء ولو بين المؤجر الدار وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس له أن يمنعه من

المتعاقدين إن عقدها لنفسه وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف

ذلك، وكذا ليس للمستأجر أن يمنع منه. وفي النوادر: بنى المؤجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ العقد إن شاء وهو مخالف لما تقدم، ولو انقطع ماء الرحى والبيت وبقي ما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه بقي شيء من المعقود عليه إذا استوفاه لزمه حصته. وقوله «وخراب الدار إلى آخره» يفيد أن الإجارة تنفسخ بهذه الأشياء. وفي الذخيرة: الإجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء. وفي الخانية: فإن بنى الدار بعد الفسخ فليس للمستأجر أن يسكنها. وفي التتارخانية: والسفينة المستأجرة إذا نقضت وصارت ألواحاً ثم أعيدت سفينة أخرى لم يجز تسليمها للمستأجر اهـ. ومثل انقطاع ماء الرحى انكسار الحجر. وفي التتارخانية: ولو استأجره ليزرع أرضه ببذره ثم بدا له أن لا يزرع كان عذراً، ولو استأجر أرضاً ليزرعها فغرقت أو تربت أو سبخت كان ذلك عذراً في فسخها. وفي الأصل: استأجر أرضاً ليزرعها شيئاً سماه فزرعها ذلك وأصاب الزرع آفة وذهب وقت الزراعة لذلك الزرع فأراد أن يزرع ما هو أقل منه ضرراً أو مثله فله ذلك وإلا فسخت ولزمه ما مضى من الأجرة. قيد بانقطاع الرحى ليحترز عن النقصان في الرحا، فإن كان النقصان فاحشاً فله حق الفسخ، وإن كان غير فاحش فليس له حق الفسخ. قال القدوري: إذا صار الطحن أقل من نصف الحنطة أو لا فهو فاحش. قال رحمه الله: **(وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين إن عقدها لنفسه)** قال الشارح: وفيه إشارة إلى أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم ا هـ. والظاهر أن فيه إشارة إليه. قال في المفيد والمزيد: وقال بعضهم لا لكن يرفع الأمر إلى القاضي ويقضي بالفسخ ولا يحتاج في ذلك إلى دعوى. وللعلماء في ذلك طريقان: أحدهما أن يرفع الأمر إلى القاضي بالفسخ. الثانية أن يبيع العين المؤجرة ويحكم القاضي فيها بالصحة وانفساخ الأولى وهي طريقة ما وراء النهر. وقال الشافعي: لا تبطل بموت أحدهما. ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة فإذا مات المؤجر انتقل الملك إلى الوارث ومنفعته إليه والمنافع المستحقة بالعقد هي المملوكة للمؤجر وقد فات بموته فتنفسخ. قال في العتابية: ونوقض بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة وسط الطريق كان للمستأجر أن يركبها إلى المكان المسمى وقد مات أحدهما أو عقدها لنفسه. وأجبت بأن ذلك للضرورة وأنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجدد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاضٍ يرفع الأمر إليه حتى قال بعض مشايخنا: إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه ينتقض أو وجد قاضٍ ينتقض ا هـ. وفي المحيط: إذا مات رب الدابة نظر القاضي ما هو الأصلح للورثة؛ إن رأى بيع الجمل وحفظ الثمن أنفع للورثة فعل، وإن رأى إبقاء الإجارة فإن كان بقية فالأفضل الإبقاء، وإن كان غير بقية والأفضل فسخها، فإن فسخها وأقام البينة أنه أوفاه الكراء رد عليه بحساب ما بقي، ولو أنفق المستأجر على الدابة شيئاً لم يحسب له إلا

وتفسخ بخيار الشرط وبخيار الرؤية وتفسخ بالعذر وهو عجز أحد العاقدين عن المضي

إذا كان بإذن القاضي اهـ. وفيه أيضاً: وإذا مات أحدهما وفي الأرض زرع يترك إلى الحصاد ويكون على المستأجر أو على ورثته ما بقي من الأجر لأنها كما تفسخ بالأعذار تبقى بالأعذار اهـ. وأطلق في الموت فشمل الموت الحكمي كالارتداد وكذا في المحيط. وفي الذخيرة: وإذا سكن بعد الانفساخ بغير عقد فالأصح إن كانت معدة للاشتغال تلزمه أجرة المثل وإلا فلا لأنه غاصب.

قال رحمه الله: **(وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف)** يعني لا تفسخ بموت أحدهما إذا كان عقدها لغيره كما ذكرنا لبقاء المستحق عليه، والمستحق لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا. وإذا مات أحد المستأجرين أو المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي. وقال زفر: بطلت في نصيب الحي أيضاً لأن الشيوع مانع من صحة الإجارة. قلنا ذلك في الابتداء لا في البقاء لأنه يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء. وأطلق في الوكيل فشمل الوكيل بالإيجار والوكيل بالاستئجار. قال في الذخيرة: وأما الوكيل بالاستئجار إذا مات تبطل الإجارة لأن التوكيل بالاستئجار توكيل شراء المنافع فيصير مشترياً لنفسه ثم يصير مؤجراً من الموكل اهـ. أقول: لعل هذا إذا لم يسلم إلى الموكل، أما لو سلم لا تبطل فتدبره. وفي الظهيرية: أمر رجلاً أن يستأجر داراً بعينها سنة للموكل فاستأجرها المأمور وتسلمها وأبى أن يدفعها للآمر حتى مضت السنة قال أبو يوسف: أجر عليه ولا على الآمر. وقال محمد: يجب الأجر على الآمر. ولم يتعرض لما إذا قبض الناظر الأجرة معجلة أو غيره ثم مات فنقول: إذا كان الوقف أهلياً والغلة للقابض فآجر وقبض الأجرة معجلة ثم مات قبل انتهاء المدة ففي الفتاوى وغيرها: للذي انتقل له الحق أن يأخذ من المستأجر أجرة ما آل إليه بالموت، فإن كان الميت ترك مالاً رجع بذلك على ماله، وإن لم يترك مالاً لا يرجع المستأجر بشيء وضاع عليه، وإن كان الناظر في وقف غير أهلي فمات بعد القبض قبل انتهاء المدة لا يضع ذلك عليه ويرجع على جهة الوقف وفي مال الميت المتروك. قال رحمه الله: **(وتفسخ بخيار الشرط)** يعني إذا شرط المؤجر أو المستأجر خيار الشرط أو شرط كل منهما خيار الشرط ثلاثة أيام فله أن يفسخ الإجارة به عندنا. وقال الإمام الشافعي: لا يصح شرط الخيار في الإجارة لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له، وإن كان المشروط له الخيار المؤجر لا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال لأن المنافع تحدث ساعة فساعة. ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس، ويحتمل الفسخ بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع. ولأن الخيار شرط في البيع للتروي فكذا في الإجارة لأنها تقع بغتة من غير سابقة تأمل. فيمكن أن يقع غير موافق فيحتاج إلى الإقالة فيجوز اشتراط الخيار فيها بخلاف النكاح لأنه ليس بمعاوضة فلا يصح شرط الخيار فيه، وبخلاف الصرف والسلم فلا يصح شرط

في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به كمن استأجر رجلاً ليقلع ضرسه فسكن

الخيار فيهما لأنه يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف البيع لأنه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة، وفي المبيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة وقد تقدم في البيع أنه يشترط حضور الآخر في الفسخ وقد تقدم الصحيح هناك. قال رحمه الله: **(وبخيار الرؤية)** أي وتفسخ بخيار الرؤية. وقال الإمام الشافعي: لا يجوز استئجار ما لم يره للجهالة قلت: الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت مفضية للنزاع وهذه لا تفضي إليه لأنه إن لم يوافق يرده فلا يمنع الجواز، فإذا رآه ثبت له خيار الفسخ لأن العقد لا يتم إلا بالرضا ولا رضا بدون العلم، وقال عليه الصلاة والسلام «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه» ولأن الإجارة شراء المنافع فتناولها الحديث.

قال رحمه الله: **(وتفسخ بالعذر وهو عجز أحد العاقدين عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به كمن استأجر رجلاً ليقلع ضرسه فسكن الوجع)** يعني تفسخ الإجارة بالعذر الذي هو العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد أي بنفس العقد كمن استؤجر الخ. وقال الإمام الشافعي: لا تفسخ بالأعذار إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان كما تقدم، وقد فسر العذر في التجريد حيث قال: والعذر أن يحدث في العين ما يمنع الانتفاع به أو ينقض المنفعة. وفسره في الهداية كما فسره المؤلف. وفي المحيط: وكل عذر يمنع المضي في موجبه شرعاً كمن استأجر رجلاً ليقلع ضرسه فسكن الوجع تنقض الإجارة من غير نقض لأنه لا فائدة في بقائه فتنتقض ضرورة، وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ولكن لا يمكنه المضي إلا بضرر زائد يلزمه فإنه لا ينتقض إلا بالنقض. وهل يكون قضاء القاضي والوصي شرطاً في النقض؟ ذكره في الزيادات وجعل قضاء القاضي شرطاً. قال شمس الأئمة السرخسي: هو الأصح. وذكر في المبسوط والجامع الصغير أنه ليس بشرط وينفرد العاقد بالنقض وهو الصحيح وقد تقدم الكلام عليه. وفي الخلاصة: وإن انهدم منزل المؤجر وليس له منزل آخر وأراد أن يسكن البيت المؤجر ويفسخ الإجارة ليس له ذلك، ولو استأجر دكاناً ليبيع فيه ويشتري فأراد أن يترك هذا العمل ويعمل غيره فهذا عذر اهـ. وفي المحيط ذكر في فتاوى الأصل: إن تهيأ له العمل الثاني على ذلك الدكان ليس له النقض. وفيها: لو استأجر ليبيع الطعام ثم بدا له أن يأخذ في عمل آخر فهذا ليس بعذر في الأصل. وقال في الأصل: إذا استأجر حانوتاً ليبيع فيه الطعام ثم بدا له أن يعقد في سوق الصيارف فهو عذر. وفي التجريد: لو أجر نفسه في عمل أو صناعة ثم بدا له أن يترك ذلك العمل، فإن كان ذلك العمل ليس من عمله وهو مما

الوجع أو ليطبخ له طعاماً للوليمة فاختلعت منه أو حانوتاً ليتجر فيه فأفلس أو أجره ولزمه دين بعيان أو بيان أو بإقرار ولا مال له غيره أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه رأي لا للمكاري ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شيء في

يعاب به كان له أن يفسخ اهـ. ومن الأعذار الموجبة للفسخ شرعاً لو استأجره ليقطع يده لأكلة فيها فبرىء منها. وفي التتارخانية: ولو استأجره للحجامة أو الفصد ثم بدا له أن لا يفعل كان عذراً، ولو امتنع الأجير عن العمل في هذه الحالة يجبر عليه. قال رحمه الله: **(أو ليطبخ له طعاماً للوليمة فاختلعت منه)** يعني يجوز له أن يفسخ العقد في هذه المسألة لأنه لا يمكنه المضي إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، ويلحق به ما لو استأجر ليطبخ له طعاماً لقدوم الأمير أو الحاج فلم يقدم الأمير والحاج. وفي التتارخانية: استأجر رجلاً ليخيط له أو ليقطع قميصاً أو يبني بيتاً ثم بدا له أن لا يفعل كان عذراً. قال رحمه الله: **(أو حانوتاً ليتجر فيه فأفلس أو أجره ولزمه دين بعيان أو بيان أو بإقرار ولا مال له غيره)** يعني لو استأجر حانوتاً ليتجر فيه فأفلس كان عذراً في الفسخ. ولم يذكر الشارح الذي يتحقق به الإفلاس وسنذكر ذلك. وقوله «حانوتاً» مثال. قال في الجامع الصغير: استأجر الخياط غلاماً ليخيط معه فأفلس الخياط أو مرض وقام من السوق فهو عذر يفسخ به. وتأويل المسألة إذا كان يخيط لنفسه، أما إذا كان يخيط بأجر فرأس مال الخياط الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه. وقال محمد في الخياط الذي يخيط لغيره بأجرة لا يتحقق إفلاسه إلا بأن تظهر خيانته للناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه اهـ. فظاهره أن الإفلاس في التاجر بأن يظهر ذلك فيه فيمتنع الناس من معاملته. قوله «أو أجره ولزمه دين بعيان الخ» يعني له أن يفسخ في هذه الحالة. وإنما جمع بين هذه الأمور ليبين أنه لا فرق في ثبوت الدين بين العيان والبيان والإقرار فإنه يلزم الدين في الكل فيحبس عليه ويلازم عليه كما تقرر في كتاب الدعوى. قال الشارح: ويحصل الفسخ بالرفع إلى القاضي والقضاء به، وقيل بيع أو لا فيحصل الفسخ في ضمن البيع.

قال رحمه الله: **(أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه رأي لا للمكاري)** يعني لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر فهو عذر يفسخ به، ولو بدا للمكاري لا يعذر لأن المستأجر يلزمه ضرورة ومشقة وربما يفوته ما قصد كالحج وطلب الغريم والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر، ولأنه يمكنه أن يقعد ويرسل غيره، وكذا لو مرض لما ذكرنا. وروى الكرخي أنه عذر في حق المكاري لأنه لا يعرو عن ضرر ولأن غيره لا يشفق على دوابه مثله. وقوله «دابة وبدا له منه» مثال. قال في الأصل: استأجر عبداً ليخدمه في المصر وداراً يسكنها ثم بدا له السفر فهو عذر له أن يفسخ به، ولو بدا لرب العبد أو الدار فليس بعذر فلا يفسخ، فإن قال المؤجر للقاضي أنه لا يريد السفر وقال المستأجر أنا أريد السفر فالقاضي يقول

للمستأجر مع من تسافر؛ فإن قال مع فلان وفلان فالقاضي يسألهما هل يخرج معكم المستأجر وهل استعد للسفر، فإن قالا نعم ثبت العذر، وإن قالا لا فإن القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخي والقدوري، فلو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله قد خرجت قاصداً للسفر الذي ذكرت، كذا في الخلاصة وغيرها. وفي الخلاصة: فإن لم يترك السفر ولكن وجد أرخص منها فهذا ليس بعذر، ولو اشترى منزلاً وأراد التحول فيها فهذا ليس بعذر، ولو اشترى إبلاً فهو عذر. قال رحمه الله: **(ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شيء في أرض غيره لم يضمنه)** حصد الزرع جزه والحصائد جمع حصيدة وحصيدوهما الزرع المحصود. والمراد هنا ما يبقى من أصل الزرع في الأرض، ولا يخفى أن هذه المسألة حقها أن تذكر في الجنايات ولهذا ذكر في الهداية مسائل منثورة. وإنما لم يضمن لأن هذه الأشياء تسبب وشرط الضمان التعدي ولم يوجد فصار كما لو حفر بئراً في ملك نفسه فتلف به إنسان بخلاف ما إذا رمى سهماً في ملكه فأصاب إنساناً حيث يضمن لأنه مباشر فلا يشترط فيه التعدي لأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والسبب ليس بعلة فلا بد من التعدي ليلتحق بالعلة وإحراق الحصائد في مثله مباح فلا يضاف التلف إليه. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا إذا كانت الرياح غير مضطربة، فلو كانت مضطربة يضمن لأنه يعلم أنها لا تستقر فلا يعذر فيضمن. وفي الخانية: لو كانت الريح غير ساكنة يضمن استحساناً. وذكر في النهاية معزياً إلى التمرتاشي: لو وضع جمرة في الطريق فأحرقت شيئاً ضمن لأنه متعد بالوضع، ولو رفعته الريح إلى شيء فأحرقته لا يضمن لأن الريح نسخت فعله، ولو أخرج الحداد الحديد من النار في مكانه فوضعه على ما يطرق عليه وضربه بالمطرقة وخرج شرار النار إلى طريق العامة وأحرق شيئاً ضمن، ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيئاً فأحرق شيئاً لم يضمن. ولو سقى أرضه سقياً لا تحتمله الأرض فتعدى إلى أرض غيره ضمن لأنه لم يكن منتفعاً بما فعله بل متعدياً فقال خواهر زاده وشمس الأئمة السرخسي: إذا أوقد ناراً عظيماً في أرضه بحيث لا تحتمله وتعدى إلى زرع غيره وأفسده يضمن لا محالة اهـ. وفي السفينة فرق أصحابنا بين الماء والنار فقال: إذا أوقد ناراً عظيمة في أرض نفسه فتعدى فأحرق شيئاً لا يضمن لأن النار من شأنها الخمود بخلاف ما إذا ملأ أرضه ماء بحيث لا تحتمله فإنه يضمن لأن الماء من شأنه السيلان. وفي فتاوى أهل سمرقند: أوقد في التنور ناراً لا يحتمله فأحرق بيته وتعدى إلى بيت جاره فأحرقه ضمن. وفي فتاوى الفضلي: رجل يمر في ملكه أو في ملك غيره بنار فوقعت شرارة من ناره على ثوب إنسان فأحرقته ضمن. وفي النوادر عن أبي يوسف: إن من مر بالنار في موضع له المرور فهبت الريح فأوقعت شرارة في مال إنسان لا يضمن، وإن مر بها في موضع ليس له حق المرور ينظر؛ إن هبت بها الريح لا يضمن، وإن وقعت منه شرارة ضمن. وفي التتمة سألت والدي عن القصار يدق الثياب في

أرض غيره لم يضمنه ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العلم بالنصف صح ولو استأجر جملاً ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة صح وله المحمل

حانوته وانهدم حائط جاره هل يضمن؟ فقال: يضمن لأن مباشر.

قال رحمه الله: **(ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العلم بالنصف صح)** وهذا استحسان، والقياس أن لا يصح، وحق هذه المسألة أن تذكر في كتاب الشركة، ووجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع وليست بإجارة لأن تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل عليهما وإن كان أحدهما متولي العلم بحذاقته والآخر متولي القبول لوجاهته وإذا وجد ماله سبيل إلى الجواز وهو متعارف يوجب القول بصحته فيكون العمل واجباً عليهما والأجر بينهما على ما عرف في موضعه. قال الشارح: وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فيه نوع إشكال فإن شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه الشركة بيع وشراء وإنما هي شركة صنائع. قال في الغياثية: شركة التقبيل هي أن يشتركا على أن يتقبل الأعمال وهنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر وليست شركة صنائع. وأجبت بأن الشركة في الخارج تقتضي الشركة في التقبيل فثبت فيه اقتضاء إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل، وتخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه فأثبتنا الشركة في التقبل اقتضاء اهـ. وفي التتارخانية: دفع الآخر بقرة بالعلف ليكون الخارج بينهما نصفين فالحادث كله لصاحب البقرة وعليه أجرة مثل المدفوع إليه وثمن العلف، ومثله لو دفع الدجاجة إلى آخر بالنصف، ولو دفع بذر العليق إلى امرأة بالنصف فقامت عليه حتى أدركت فالعليق لصاحب البذر وعلى صاحب البذر قيمة العلف وأجرة مثلها. وفي فتاوى أبي الليث: دفع إلى امرأة دود التقوم عليها بنفقتها على أن العليق بينهما نصفان فهو بمنزلة المضارب وكل العليق لصاحب الدود وعليه أجر المثل وثمن الأوراق، ولو غصب من آخر دود القز وبيض الدجاج فأمسكه حتى خرج العليق والفرخ. قال شمس الأئمة الحلواني: إن خرج بنفسه فهو لصاحبه. رجل له غريم في مصر آخر فقال لرجل اذهب إليه وطالبه بالدين وإذا قبضت فلك عشرة ففعل فله أجر مثله اهـ. ولقائل أن يقول: هذه مكررة مع قوله فيما سبق وتقبل إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ قلنا: ذكر هناك شركة لا الصنائع قصداً وهنا بين ما إذا وقع العقد على شركة الصنائع ضمناً فبهذا الاعتبار لا تكرار.

قال رحمه الله: **(ولو استأجر جملاً ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة صح وله المحمل المعتاد)** والقياس أن لا يجوز للجهالة وهو قول الإمام الشافعي ووجه الاستحسان أن هذه الجهالة تزول بالصرف إلى المتعارف، وله المتعارف من الحمل والزاد والغطاء وغير ذلك مما هو معلوم عند أهل العرف، لا يقال هذه متكررة مع قوله «وإن استأجر حماراً ولم يسم ما يحمل»

المعتاد ورؤيته أحب ولمقدار زاد فأكل منه رد عوضه وتصح الإجارة وفسخها والزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتق والوقف مضافاً لا البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح

قلنا: هناك لم يبين ما يحمل فكانت الجهالة فاحشة، وهنا بين ما يحمل فكانت يسيرة لأنه بين الحمل ولم يبين قدره. قال رحمه الله: **(ورؤيته أحب)** يعني رؤية المكاري المحمل والراكب وما يتبعهما أحب لأنه أبعد من الجهالة أقرب للعمل لتحقق الرضا. قال رحمه الله: **(ولمقدار زاد فأكل منه رد عوضه)** يعني إذا استأجر رجلاً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق رد عوضه. وقال بعض الشافعية: لا يرد لأن عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد ولا يردون والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الرد لأن العرف جرى برده. ولنا أنه استحق عليه حمل مقدار معلوم في جميع الطريق قله أن يستوفيه فصار كالماء والعرف مشترك فإن بعض المسافرين يردون فلا يلزمنا عرف البعض، أو يحمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا فلا يلزم حجه ويرد بعضهم وهم المحتاجون إليه. قال رحمه الله: **(وتصح الإجارة وفسخها)** لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة وهذا معنى الإضافة وفسخها يعتبر بها كما إذا أضاف الإجارة إلى رمضان وهو في شعبان، وكذا إذا أضاف الفسخ إلى شوال وهو في رمضان. وفي القنية: إذا قال أجرتك هذه الدار غداً يجوز، ولو قال إذا جاء غد قد أجرتك هذه الدار باطل لأنه تعليق. وقال أبو بكر: تجوز في اللفظين ولا خطر في هذا في الأجارة وبه يفتي. وعن ابن سماعة عن أبي يوسف: أجرتك داري بكذا إذا هل كذا يجوز في الإجارة ولا يجوز في البيع. قال رحمه الله: **(والزارعة والمعاملة)** يعني وتصح المزارعة أيضاً بالإضافة إلى المستقبل كما إذا قال وهو في شعبان زارعتك أرضي من أول رمضان بكذا، وتصح أيضاً المعاملة وهي المساقاة بأن قال ساقيتك بستاني من أول رمضان وهو شعبان بكذا لأن المزارعة والمعاملة إجارة فتعتبر بالإجارة. قال رحمه الله: **(والمضاربة والوكالة)** لأنهما من باب الإطلاق وكل ذلك تجوز إضافته. قال رحمه الله: **(والكفالة)** لأنها التزام للمال ابتداء فتجوز إضافتها وتعليقها بالشرط كالبذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بالشرط المطلق بل بالشرط المتعارف. قال رحمه الله: **(والإيصاء والوصية)** والإيصاء إقامة الشخص مقام نفسه، والوصية هي التمليك وكلاهما مضاف إلى ما بعد الموت لأنهما لا يكونان إلا مضافين إذ الإيصاء في الحال لا يتصور إلا إذا جعل مجازاً عن الوكالة. قال رحمه الله: **(والقضاء والإمارة)** يجوز تعليقهما بالشرط وإضافتهما إلى الزمان لأنهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط، والأصل في ذلك أنه عليه الصلاة والسلام أمر زيد بن حارثة ثم قال: إن قتل زيد فجعفر وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة. قال رحمه الله: **(والطلاق والعتق والوقف مضافاً)** لا يخفى أن قوله «مضافاً» نصب على الحال وهو قيد للمذكورات كلها، وتقدير الكلام ويصح كل

والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين.

واحد منها حال كونه مضافاً إلى الزمان المستقبل. قال رحمه الله: **(لا البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين)** يعني هذه الأشياء لا يجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل لأنها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة إلى الإضافة وقد تقدم والله تعالى أعلم.

كتاب المكاتب

كتاب المكاتب

قال في النهاية: أورد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منها عقد يستفاد منه المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الإصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق وهذا مستدرك لأنه يرد عليه أن يقال: إنه وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره من غير تلك الأشياء الثلاثة أيضاً فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر؟ وقدم الإجارة لأن المنافع ثبت لها حكم المال لضرورة بخلاف الكتابة. والكلام في المكاتب من أوجه: الأول في معناها لغة. الثاني في معناها شرعاً. والثالث في ركنها. والرابع في شرط جوازها. والخامس في دليلها. والسادس في حكم حكمها. والسابع في صفتها. والثامن في حقيقتها. والتاسع في سببها. والعاشر في حكمها. فهي لغة مشتقة من الكتب وهو الضم والجمع وسمي الخط كتابة لما فيه من ضم الحروف بعضها إلى بعض، وهو اسم مفعول من كاتب أو كتب كتابة ومكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء. وشرعاً فهي جمع مخصوص وهو جمع حرية الرقيق في المآل إلى حرية اليد في الحال. وركنها الإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر. وشرط جوازها قيام الرق وكون المسمى معلوماً ودليلها من القرآن قوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور: ٣٣] واختلف في الخير قيل هو أن لا يضر بالمسلمين، وقيل الوفاء والأمانة، وقيل المال. ومن الحديث قوله ﷺ «من كاتب عبداً على مائة أوقية فأداها إلا عشر أوقية فهو عبد»[1] وصفتها أنه عقد مندوب إليه مع الصالح والطالح. وحكمها انفكاك الحجر وثبوت حرية اليد، وحكمها في جانب المولى ثبوت حق المطالبة بالبدل على ما وقع عليه. وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلاً وفي ثواب

---

(١) رواه أبو داود في كتاب العتاق باب ١. الترمذي في كتاب البيوع باب ٣٥. ابن ماجه في كتاب العتق باب ٣ . أحمد في مسنده (١/ ١٧٨، ١٨٤، ٢٠٦).

هي تحرير المملوك يداً في الحال ورقبة في المآل كاتب مملوكه ولو صغيراً يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح وكذا لو قال جعلت عليك ألفاً تؤديه نجوماً

العتق آجلاً ورغبة العبد في الحرية وأحكامها آجلاً وعاجلاً. قال رحمه الله: (**هي تحرير المملوك يداً في الحال ورقبة في المآل**) فقوله «تحرير» جنس دخل فيه تحرير الرقبة وتحرير اليد فقوله «يداً» أخرج تحرير الرقبة وأفاد أن له يداً معتبرة، فلو كاتب صغيراً لا يعقل لم يجز كما سيأتي. وقوله «في الحال» يتعلق بيد وأخرج بقوله «ورقبة في المآل» العتق المنجز والمعلق وهذا تعريف بالحكم، ولو أردا التعريف بالحقيقة لقال هي عقد يرد على تحرير اليد. وأما ألفاظها ففي الجامع الصغير: قال لعبده قد جعلت عليك ألف درهم تؤديه إلى نجوماً أول النجم كذا وآخره كذا فإن أديت فأنت حر وإن عجزت كنت رقيقاً فقبل فهو مكاتب. وفي الينابيع: قال لعبده أدّ الي ألف درهم كل مائة درهم إلى سنة وأنت حر فقبل فهو مكاتب، وإن عجز عن سنة وأدّى في الشهر الأخير جاز في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص ليس بمكاتب، قال فخر الإسلام: وهو الأصح فإن عجز بطلت اهـ.

قال رحمه الله: (**كاتب مملوكه ولو صغيراً يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح**) أما جوازها مع الصغير فلأنه تصرف نافع والصغير الذي يعقل من أهل التصرف النافع، وأما جوازها بمال حال أو مؤجل أو منجم فلإطلاق الدليل الصادق بالثلاث حالات، ولأن البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع والقدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لصحة العقد، ألا ترى أن من ليس عنده شيء جاز أن يشتري ما شاء بما شاء، ولأن الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أنه يسامحه ولا يضيق عليه. قال في المبسوط: كاتب عبداً صغيراً لا يعقل لم يجز فإن أدّى عنه أجنبي لم يعتق لأن الكتابة إيجاب وقبول وقبول من لا يعقل لا يصح. ولو كاتب عن عبد لرجل رضيع وقبل عنه أجنبي آخر ورضي به المولى لم يجز، وإن أدّى الولد الكتابة عتق استحساناً لا قياساً. وجه الاستحسان أن الكتابة انعقدت بقبول من عقد الإيجاب إلا أنه لم يظهر وجوب المال على العبد بهذه الكتابة في حق المطالبة نفياً للضرورة ولكن اعتبر المال واجباً عليه في حق صحة الأداء من المتبرع لأنه لا ضرر عليه بل له منفعة مختصة لأنه يعتق بغير مال يلزمه وذلك أن نقول: أنتم قلتم لو وكل مجنوناً صح لأنه لما وكل في هذه الحالة صار راضياً بقبوله فينبغي أن يعتق فيما إذا قبل الصغير الذي لا يعقل وأدّى عنه الأجنبي. وأطلق في قوله «بمال» ولم يقيده بالمعلوم قدراً وصفة ونوعاً لأن الأصل أن مبادلة ما ليس بمال بالمال كالنكاح والكتابة جهالة الجنس والقدر لا يمنع صحته وجهالة وصفه لا يمنع صحة تسميته؛ بيان ذلك: لو كاتب عبده على مكيل أو موزون جاز وله الوسط، وعلى دابة وثوب لا يجوز حتى يبين الجنس لأن جهالة الجنس متفاحشة فتمنع صحة التسمية، وفي الأول جهالة وصف وهي لا تمنع صحة التسمية، ولو كاتبه على لؤلؤة أو دار

أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديت فأنت حر وإلا فقن فيخرج من يده دون ملكه

ولم يعين لم يجز لأن جهالة الوصف هنا متفاحشة بمنزلة جهالة الجنس، ولو كاتبه على أن يخدمه شرهاً جاز استحساناً، ولو كاتبه على أن يخدمه غيره يجوز لأن البدل يجوز للمولى وقد أقام غيره مقام نفسه. ولو كاتبه على ألف على أن يؤديها إلى غريم من غرمائه جاز، ولو كاتبه على ألف وخدمته سنة أو وصف جاز، ولو كاتبه على ألف وخدمته أبداً فهي فاسدة ويعتق بأداء قيمته دون خدمته. وقوله «عبده» ليس بقيد قال في المحيط: ولو كاتب نصف عبده جاز فنصفه مكاتب ونصفه مأذون في التجارة وعتق بأداء نصفه، وما وصل في يده من الكسب نصفه له وصفه للمولى ويسعى في نصف قيمته لأن الكتابة تقبل التجزي لأن أحكامها قابلة للتجزي اهـ. وفي المبسوط: كاتب عبده على ألف درهم منجمة على أن يؤدي مع كل نجم ثوباً قد سمى جنسه أو على أن يؤدي مع كل نجم عشرة دراهم فذلك جائز بمنزلة ما لو كاتبه على كذا وكذا وقال على أن تؤدي مع كتابتك ألف درهم، وإذا ظهر أن جميع ذلك بدل الكتابة، فإذا عجز عن شيء من بعد أجله رد إلى الرق اهـ. ولو كاتبه على ما في يده من الكسب في رواية كتاب الشراء يجوز، وفي رواية المكاتب لا يجوز. ولو كانت على ألف درهم معينة جاز ويعتق بأداء غيرها بخلاف ما لو قال له إن أديت إلي هذه الألف فأدى غيرها لا يعتق، وإذا شرط في الكتابة شرطاً لا يقتضيه العقد لا يفسدها اهـ. وفي المبسوط: وإذا أدى إليه المال واستحق من يده فهو على الحرية ويرجع عليه السيد ببدله اهـ. ولو كاتب على ألف درهم عن نفسه وماله فهو جائز، فإن كان في يده مال السيد لم يدخل ويدخل كسبه من رقيق ومال وغير ذلك اهـ. وفي الظهيرية: لو كاتب عبده المأذون المديون ودينه يحيط برقبته فللغرماء أن يردوا الكتابة كما لو باعه المولى، ولو مات المكاتب عن وفاء وعليه دين وله وصايا من تدبير وغيره بديء من تركته بدين الأجانب ثم بدين الموالي إن كان ثم دين الكتابة وما بقي فهو ميراث وتبطل وصاياه.

قال رحمه الله: **(وكذا لو قال جعلت عليك ألفاً تؤديه نجوماً أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديت فأنت حر وإلا فقن)** يعني يصير مكاتباً بهذه المقالة استحساناً، والقياس أن لا يصير مكاتباً لأن النجوم فصول الأداء وله أن يكاتب عبده على ما شاء من المال في أي مدة شاء. وقوله بعد ذلك إن أديت فأنت حر تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة. وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني دون الألفاظ كما تقرر. وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسراً فتنعقد به كما إذا أطلق الكتابة بل أولى لأن المفسر أقوى. وقوله فإن أديت فأنت حر لا بد منه لأن ما قبله يحتمل الكتابة ويحتمل الضربة وبه يترجح جانب الكتابة. وقوله وإلا فأنت قن فضلة غير محتاج إليها كما لا يحتاج إليه في الكتابة. وفي المحيط: ولو كاتب على ألف وعبد مثله في الخياطة وهو خياط جاز استحساناً ويجبر المولى على قبول الألف وعبد مثله في أصل

وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها وإن كاتبه على خمر

الخياطة لا مثله في الخياطة اهـ. ولو قال إذا أديت إلي ألفاً كل شهر مائة فهو مكاتبة في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص ليست بمكاتبة بل يكون إذناً اعتباراً بالتعليق بالأداء بدفعة واحدة وهو الأصح. وفي المبسوط: ولو كاتب عبده على ألف يضمنها لرجل عن سيده فالكتابة والضمان جائزان، ولو ضمن عن سيده لغريم عليه مال على أن يؤدي من الكتابة أو قبل الحوالة فهو جائز، ولو كاتب على ألف إلى نجم ثم صالحه على أن يحط بعضها وبقبض بعضها أو صالحه على شيء فهو جائز. وفيه أيضاً: ولو خص عليه التصرف في نوع دون نوع فالشرط باطل به لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة. وفيه أيضاً: ولو كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على بعضه ويحط البعض جاز، ولو استأجر المولى مكاتبه سنة بما عليه للخدمة صحت الإجارة وعتق المكاتب للحال، ولو استحق بدل الكتابة من المولى رجع بمثله عليه اهـ. قال رحمه الله: **(فيخرج من يده)** يعني إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يده لأن موجب الكتابة مالكية في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر، ولو شرط في الكتابة أن لا يخرج لا يصح لأن المقصود من الكتابة التمكن من أداء المال وقد لا يتمكن من ذلك إلا بالخروج فيطلق له الخروج. قال في العناية: أما الخروج من اليد فيحلق معنى الكتابة لغة وهي الضم فيضم مالكية اليد الحاصلة له في الحال إلى مالكية الرقبة الحاصلة له في المآل. فإن قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتصي وجودها ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة، فكيف يتحقق بالضم؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ولهذا إذا جنى المولى عليه وجب عليه الأرش، ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر اهـ. قال رحمه الله: **(دون ملكه)** يعني لا يخرج عن ملك المولى لقوله عليه الصلاة والسلام «هو قن ما بقي عليه درهم» ولأنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة؛ فإذا تم للمولى الملك بالقبض تتم المالكية للعبد أيضاً وتمام الملك لا يكون إلا بالقبض. ولو أعتقه المولى عتق بعتقة لبقاء ملكه وسقط عنه البدل لأنه التزمه بمقابلة العتق وقد حصل له بدونه. وفي المحيط: ولو أبرأه المولى عن البدل عتق. وفي المنتقى وقال الباني: ولو وهب المولى الكتابة للمكاتب عتق قبل أو لم يقبل لأن هبة الدين ممن عليه الدين صحيحة قبل أو لم يقبل، فإن قال المكاتب لا أقبل كانت المكاتبة ديناً عليه وهو حر لأن هبة الدين ترتد بالرد والعتق لا يرتد بالرد.

قال رحمه الله: **(وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها)** لأنها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى كالأجنبي وصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل به إلى المقصود بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى ولولا ذلك لأتلف المولى ما في يدها فلم يحصل لها الغرض من الكتابة. ومنافع البضع ملحقه بالأجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند إتلافه بالوطء وانتفى الحد للشبهة. ولو قال فغرم إلى أخره بدل

أو خنزير أو على قيمته أو عين لغيره أو بمائة ليرد عليه سيده وصيفاً فسد فإن أدى

الواو لكان أولى لإفادة الفاء التفريع. وفي المحيط: ولو كاتبها على ألف على أن يطأها مدة الكتابة لم يجز لأنه محظور عليه كما لو كاتبها على ألف ورطل من الخمر فإن أدت ألفاً عتقت لأنه يتعلق بأداء ما يصلح بدلاً والوطء لا يصلح عوضاً لا في حق الانعقاد ولا في حق الاستحقاق، وعليها فضل قيمتها في قول الآخر وهو قول محمد لأن المستحق في العقد الفاسد قيمة المعقود عليه لا المسمى. هذا إذا كان المؤدي أقل من قيمتها، فإن كان أكثر من قيمتها فإنها لا ترجع بالزيادة على المولى خلافاً لزفر، فإن وطئت ثم أدت ألفاً فعليه عقرها لأن العقد الفاسد ملحق بالصحيح. فإن قيل: الكتابة الفاسدة غير لازمة في جانب المولى بل له الفسخ فلم لا يجعل إقدامه على الوطء دليلاً على الفسخ تنزيهاً له عن الوطء الحرام؟ قلنا: اشتراط الوطء لنفسه في الكتابة تنصيص على أنه يطؤها مستوفياً لما شرطه عليها فيكون نصاً على تقرير العقد لا على فسخه وحاله دليل على الفسخ ولا قوام للدلالة مع الصريح والنص حتى لو فسدت الكتابة بسبب آخر لا باشتراط الوطء فيها ثم وطئها يجعل ذلك فسخاً اهـ. ولو جنى المكاتب على إنسان خطأ فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية لتعذر الدفع، فإن أعتقه المولى من غير علم بالجناية فعليه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، فلو عجز ورد في الرق فحكمه كالرقيق كما علم في مكانه. وإن جنى جناية خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الأولى لا يجب عليه إلا قيمة واحدة، وإن حكم عليه بالجناية الأولى ثم جنى ثانياً فإنه يلزمه قيمة أخرى لأنه لما حكم عليه بالجناية الأولى فقد انتقلت الجناية: من رقبته إلى ذمته فصارت الثانية بمنزلة الجناية المبتدأة، فرق بين هذا وبين ما إذا حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق فوقع فيها إنسان فوجب عليه أن يسعى في قيمته يوم حفره، فإذا وقع فيه آخر لا يلزمه أكثر من قيمة واحدة، سواء حكم الحاكم بالأولى أو لم يحكم. ووجه الفرق أن هنا الجناية واحدة وهي حفر البئر بخلاف ما تقدم، ولو سقط حائطه المائل على إنسان بعد الإشهاد عليه بنقضه فقتل فعليه أن يسعى في قيمته، وإذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه أن يسعى في قيمته إذا كانت قيمته أكثر من الدية فينقص منها عشرة دراهم فإن جنى جناية عمداً بأن قتل إنساناً قتل به، فإن جنى غير المكاتب عليه فإن كان خطأ فالأرش له والأرش أرش العبيد، أما كون أرشه له فلأن أجزاءه فهو أحق بمنافعه، وأما كون أرشه أرش العبيد فلأنه عبد ما بقي عليه درهم؛ كذا في البدائع مختصراً.

قال رحمه الله: **(وإن كاتبه على خمر أو خنزير)** شروع في الكتابة الفاسدة بعد الصحيحة لأن الفاسدة تتلو الصحيحة يعني لو كاتب المسلم عبده المسلم أو الكافر في دار الإسلام على خمر أو خنزير فالكتابة فاسدة لأن الخمر والخنزير ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضاً فيفسد العقد لأن تسمية ما ليس بمتقوم في حق ما يحتاج فيه إلى تسمية البدل توجب فساد

....

العقد كالبيع، ولو أدى الخمر لا يعتق، ولو أدى القيمة عتق اهـ. والظاهر أن المسلم باشر فلو وكل ذمياً في كتابة عبده المسلم على خمر أو خنزير فالكتابة فاسدة لأنه لو كان كافراً وأسلم تفسد فإذا فسدت بالإسلام في البقاء ففي الابتداء أولى. ولو كاتب عبده الكافر على خمر أو خنزير فالظاهر أنها صحيحة ويعتق بأداء ذلك ولا سعاية عليه أخذاً من قولهم يملك أن يوكل فيما لا يملكه. وقيدنا بقولنا على خمر أو خنزير لأنه لو كاتبه على ميتة أو دم فالكتابة باطلة، فإن أدى لا يعتق إلا إذا قال إن أديت إلي فأنت حر فيعتق لأجل اليمين لا لأجل الكتابة؛ كذا في شرح الطحاوي أيضاً. وفي المحيط: لو كاتب على خمر أو خنزير عتق بأداء القيمة قبل إبطال القاضي لأن الكتابة إذا فسدت لفساد التسمية لكونه ليس بمال انعقدت الكتابة على القيمة فيتعلق العتق بأدائها اهـ. وفي المنتقى: لو كاتب على ألف ورطل من الخمر فهي فاسدة. وفي المبسوط: لو كاتبها على ألف على أن كل ولد تلده لك يد فهي فاسدة، وإن ولدت في الفاسدة ثم أدت عتق ولدها معها. وفي شرح الطحاوي: والفرق بين الجائزة والفاسدة أن في الفاسدة للمولى أن يرده إلى الرق ويفسخ الكتابة بغير رضاه، وفي الجائزة لا يفسخ إلا برضا العبد وللعبد أن يفسخ في الجائزة والفاسدة، جميعاً بغير رضا المولى. وفي المبسوط: ولو كاتبه كتابة فاسدة ثم مات المولى فأدى المكاتب إلى ورثته عتق استحساناً اهـ. قيدنا بدار الإسلام لأن المسلم الذي كان في دار الإسلام لو دخل دار الحرب فكاتب عبده المسلم والكافر على خمر أو خنزير فالحكم كما لو كان في دار الإسلام وكاتب من يعلم بالأحكام ولو تقديراً، فلو أسلم في دار الحرب ولم تبلغه الأحكام فكاتب على خمر أو خنزير فالظاهر أنها صحيحة ويعتق بأداء ذلك ولا سعاية لأنه يعذر بالجهل في هذه الحالة. قال رحمه الله: **(أو على قيمته أو عين لغيره)** يعني الكتابة فاسدة إذا كاتبه على قيمة نفسه أو على عين لغيره، أما على قيمة نفسه فإنها مجهولة القدر لأنها تختلف باختلاف المقومين وجنسها كذلك مجهول فصار كما لو كاتب على ثوب أو دابة لأن الثوب والدابة أجناس مختلفة، وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة حتى في النكاح، ولأن موجب الكتابة الفاسدة القيمة بالتنصيص عليها، ولا يقال لو كاتبه على عبده يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمة ولو أبى أخذ القيمة يجبر عليها ولو كانت الكتابة في القيمة فاسدة لما صح ذلك لأنا نقول: القيمة في مسألة الكتاب ثبت قصداً وفيما ذكرت ثبت ضمناً ويتسامح في الضمني ما لم يتسامح في القصدي. وفي المحيط: وإن أدى القيمة عتق لأنها وإن فسدت يبقى تعليق العتق بالأداء فمتى تصادقا على أن المؤدي قيمته ثبت ذلك بالتصادق وإن اختلفا، فإن اتفق اثنان من المقومين على شيء يجعل ذلك قيمة له، وإن اختلفا فقوم أحدهما بألف والآخر بالأكثر لا يعتق ما لم يؤد أقصى قيمته. ولو كاتب أمة على حكمه أو حكمها لم يجز ولا يعتق بأداء قيمتها خلافاً لزفر. قوله «أو على عين لغيره» كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير

....

النقدين، والمراد به شيء يتعين بالتعيين حتى لو كاتب على دراهم أو دنانير وهي لغيره تجوز الكتابة لأنها لا تتعين بالتعيين. وعن الحسن تجوز الكتابة على مال الغير. وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط للصحة في العقود التي تحتمل الفسخ، وتسليم تلك العين ليست في قدرته فلا تصح تسميته بخلاف ما إذا كان البدل غير معين لأنه معقود عليه فلا يشترط القدرة عليه، ولو أجاز صاحب العين ذلك روي عن محمد أنه لا يجوز وهو ظاهر الرواية؛ كذا في العتابية. وعن الإمام أنه يجوز أجاز أو لم يجز غير أنه عند الإجارة يجب تسليم العين، وعند عدم الإجارة يجب تسليم القيمة. وروي الثاني عن الإمام أنه لو ملك القيمة فأدى لم يعتق إلا أن يكون قال له المولى إن أديت فأنت حر. وذكر صاحب الإملاء أنه يعتق بالدفع قال المولى إن أديت إلي فأنت حر أو لم يقل كما لو كاتب على خمر. وجه ما ذكر عن الإمام أن العين لم يصر بدلاً في هذا العقد بتسميته لأنه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد بالعقد أصلاً.

قال رحمه الله: **(أو بمائة ليرد عليه سيده وصيفاً فسد)** قوله «فسد» هذا أخبر لقوله «وإن كاتب» يعني لو كاتبه على مائة ليرد عليه سيده وصيفاً فالكتابة فاسدة على قول الإمام ومحمد. وقال أبو يوسف: الكتابة صحيحة وتقسم المائة على قيمة المكاتب والوصيف الوسط فما أصاب الوصيفة الوسط يسقط عنه ويكون مكاتباً وتقسم المائة بما بقي لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد والكتابة. ولهما أن بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما إذا كاتبه على قيمة الوصيف هذا لأن الأصل المذكور صحيح فيما إذا صح الاستثناء من غير أن يؤدي إلى فساد العقد، وهنا استثناء العبد من الدراهم غير صحيح لأن الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير إلا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد، ولأن هذا عقد يشتمل على الكتابة والبيع لأن ما كان من الدنانير بأداء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان بمقابلة رقبة المكاتب هو مكاتبة لا فيبطل لجهالة المثمن والثمن فهو صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي عنها، وإذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين أنه تركي أو هندي ولا الوصف أنه جيد أو رديء جازت الكتابة ويصرف إلى الوسط. وقدر الإمام الوسط بما قيمته أربعون. وقالا: هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب ويجبر على قبول قيمته، وإنما يصح العقد مع الجهالة لأنها يسيرة فصار كما لو كاتب وجعل الأجل الحصاد، ولقائل أن يقول: مقتضى هذا التعليل أن لا تصح الكتابة فيما إذا كاتبه على مائة على أن يرد عليه عبداً معيناً لأن قيمة المعين مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتبه عليها لم يصح وقد صرحوا فيما إذا شرط على أن يرد عليه عبداً معيناً أن يصح بالاتفاق، نقله في الكافي والدرر والغرر، وفي المبسوط: ولو كاتبه على خمر أو خنزير فسد فإن أداه قبل أن

الخمر عتق وسعى في قيمته ولم ينقص عن المسمى وزيد عليه وصح على حيوان غير

يترافعا إلى القاضي وقد قال له إن أديت فأنت حر ولم يقل فإنه يعتق وتلزمه قيمة نفسه، وإذا جاء المكاتب بالمال قبل حلول الأجل فأبى المولى أن يقبله يجبر على القبول اهـ. قال رحمه الله: **(فإن أدى الخمر عتق)** لأن العقد ينعقد وإن كان فاسداً فيعتق بالأداء يعني إذا كان قبل إبطال القاضي. وفي العتابية: فإن أدى الخمر والخنزير عتق. وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر. وأطلق في قوله «يعتق» فشمل ما إذا قال إن أديت فأنت حر أو لم يقل. وعن أبي حنيفة يعتق إن قال إن أديت وإن لم يقل لا يعتق. ونظيره ما إذا كاتبه على ميتة أو دم فإنه لا يعتق إلا في صورة التعليق نصاً، وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر، وكذا الخنزير. والفرق بين الخمر والخنزير والميتة والدم أو الخمر والخنزير مال في الجملة والميتة والدم ليسا بمال أصلاً عند أحد فلم ينعقد العقد أصلاً فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير ذلك بالتعليق. قال ابن فرشته: هذا إذا كان السيد مسلماً لأن الكافر إذا كاتب عبده الكافر ثم أسلم لا يعتق بأداء الخمر اتفاقاً اهـ. وفي شرح الطحاوي: فإذا أسلم أو أسلم أحدهما يعتق بأداء القيمة ولا يعتق بأداء الخمر. والفرق بين المسلم والكافر حيث قلنا في المسلم العقد فاسد ويعتق بأداء الخمر وفي الكافر صحيح فأقول المسلم لا يعتق بأداء الخمر إذا المسلم لما كان الخمر في حقه ليس بمال، فالظاهر من حاله إرادته التعليق على الأداء فيعتق بالأداء والكافر لما كان في حقه مالاً فالظاهر انتفاء التعليق في حقه بل إرادة العرض وبالإسلام انتفى كونه عرضاً والتعليق منتف فلا يعتق بأداء قيمة الخمر. قال رحمه الله: **(وسعى في قيمته)** يعني إذا عتق بأداء الخمر وجب عليه أن يسعى في قميته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد للعتق فيجب عليه كما في البيع فالفاسد إذا أعتق المشتري العبد أو أتلفه قال رحمه الله: **(ولم ينقص عن المسمى وزيد عليه)** هذه المسألة لا تعلق لها بمسألة الخمر بل مسألة مبتدأة ومعناها: كاتب عبده على ألف وخدمته أبداً أو على ألف وهدية فالخدمة أبداً والهدية لا تصلح بدلاً فالعقد فاسد، فإذا أدى الألف عتق، فإن كان الألف قدر قيمته لم يبق للمولى عليه سبيل، وإن كان قيمته أكثر رجع عليه السيد بالزيادة، وإن كانت الألف أكثر من قيمته فلا يعتق إلا بدفعها، ولو كاتبه على ألف ورطل من الخمر لا يعتق حتى يدفع الألف والرطل من الخمر؛ كذا في المحيط مختصراً. قال الشارح: لأنه عقد فاسد فيجب عليه قيمته بالغة ما بلغت غير أن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمى فلا ينقص منه إن نقصت قيمته عن المسمى، والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه إذا زادت قيمته لينال الشرف، وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأدائها لأنه هو البدل في الفاسد ذكرها أو لم يذكرها فأمكن اعتبار معنى العتق فيه وأثر الجهالة في الفاسد لا في إبطال العقد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه يختلف اختلافاً فاحشاً، ولو أدى قيمة الثوب لا يعتق إلا إذا علقه بأن قال إذا أديت

موصوف أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر وأي أسلم فله قيمة الخمر وعتق بقبضها.

إلي ألفاً فأنت حر فيعتق بأداء الثوب لصريح التعليق. وفي التتارخانية: ولو كاتبه على ثوب ولم يقل هروي أو غيره فهي فاسدة. وفي الولوالجية: لو كاتبه على قيمة ثوب فهي فاسدة.

قال رحمه الله: **(وصح على حيوان غير موصوف)** يعني يصح عقد الكتابة على حيوان إذا بين جنسه لا نوعه وصفته. لو قال وصح على حيوان بين نوعه كان أولى كما لا يخفى، ولو قال وصح على عبد كان أولى ولكن كان أخصر وينصرف إلى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لأن كل واحد منهما أصلاً، ولا يخفى أن اللفظ والوصف يجمع أجناساً فالجهالة فاحشة كالحيوان والدابة والثوب فلا تصح الكتابة إن كان يجمع أنواعاً كالعبد فإنه يشمل الحبشي والهندي والتركي والأسود فتصح الكتابة إذا ذكره فلذا فسرتا الحيوان بالعبد بقرينة قوله «صح» فظهر أن الجنس عندنا هو المقول على كثيرين اختلف المقصود منهم والنوع المقول على كثيرين اتحد المقصود منهم. وفي التتارخانية: الأصل أن جهالة الجنس تمنع صحة التسمية في العقود كلها كان معاوضة مال بمال أو لم يكن وذلك كالثوب والدابة والحيوان، وفي هذا لا يعتق إذا دفع ثوباً أو دابة أو حيواناً، وجهالة الوصف تمنع صحة التسمية في عقد المعاوضة ولا تمنع صحة التسمية في عقد غير المعاوضة كالنكاح والكتابة، وذلك كعبد أو ثوب هروي. انتهى بالمعنى. وقال الإمام الشافعي: لا يجوز في هذه الوجوه. فإن قلت: إذا كاتبه على قيمة نفسه أو قيمة العبد تفسد الكتابة وإذا كاتبه على عبد تصح الكتابة، فما الفرق؟ قلنا: الفرق بينهما أن الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال، والجهالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة، ولو كاتبه على وصف أو عبد مؤجلاً جاز استحساناً لأن العبد يجب في الذمة بدلاً عما ليس بمال كالنكاح، ولو كاتبه على ثوب وبين صفته فأتى بقيمته يجبر على القبول، وقد تقدم أن الإمام قدر الوسط بأربعين ديناراً، وقال أبو يوسف ومحمد: على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب. ولو قال وصح على فرس لكان أولى ولم يحتج للتأويل. قال رحمه الله: **(أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر)** يعني يصح هذا العقد للآخر إذا سمى قدراً من الخمر معيناً لأن الخمر عندهم مال متقوم كالعصير في حق المسلم فيصح تسميته إذا كان معلوماً. واحترز بقوله «عبده الكافر» عن عبده المسلم فإنه يقع فاسداً وتجب القيمة على ما بينا فيما إذا كان المولى مسلماً. أطلق في الكلام فشمل الذمي والمستأمن والحربي، ولا فرق في الذمي بين أن يكون في دارنا أو في دار الحرب حيث دخل غير مهاجر لأنه من أهل دارنا فتجري عليه أحكامنا والمستأمن ما دام في دارنا تجري عليه أحكامنا. وإنما محل النظر لو كاتب الحربي عبده المسلم في دار الحرب على خمر أو خنزير فأدى ذلك فالظاهر أنه يعتق أخذاً من قولهم لنا أن نحتال على مال الحربي بأي وجه كان

. . . .

يرضاه، ولا يخفى أن الخنزير هنا كالخمر في الحكم فيه. قال رحمه الله: **(وأي أسلم فله قيمة الخمر)** لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها إذا كان المولى يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكاً من العبد وتملكاً من المولى في الحال عوضاً عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير إلى القيمة لقيامها مقام المسمى والكتابة باقية على حالها بخلاف ما إذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم أسلم أحدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند البعض لأن العقد يقع على ما يصلح بدلاً ففي الكتابة تصلح القيمة بدلاً فيما إذا كاتبه على وصف أو نحوه، ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة والبيع لا ينعقد على القيمة صحيحاً أصلاً فكذا لا يبقى عليها. قيدنا أصل المسألة بأن الخمر غير معين لأنه لو كان الخمر معيناً فقد ملكه بمجرد العقد والتسليم نقل من يد إلى يد والمسلم غير ممنوع من وضع يده على الخمر، ألا ترى أن المسلم إذا غصب خمراً من ذمي فأسلم الذمي فله أن يسترد الخمر من الغاصب ولا يمنع منه في هذه الحالة، فإذا أسلم لا ينتقل إلى القيمة وله الخمر لا غير. قيد المسألة بالخمر ولم يتعرض للخنزير فنقول: لو كاتبه على خنزير معين ملكه بمجرد العقد فإذا أسلم أحدهما قبل القبض لا ينتقل إلى القيمة بل له الخنزير المعين والمسلم لا يمنع من وضع يده عليه كما لو غصب الذمي خنزيراً فأسلم فله أن يرده من يد الغاصب، فلو كان الخنزير غير معين فأسلم أحدهما ينتقل إلى قيمة نفس المكاتب أخذاً من قولهم قيمة القيمي تقوم مقام عينه، وهذا من خواص هذا الكتاب والحمد لله الذي هدانا لهذا قال رحمه الله.

(وعتق بقبضها) يعني يعتق بقبض قيمة الخمر لأن الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لأحدهما توجب سلامة العوض للآخر، وإذا أدى الخمر عتق أيضاً لتضمن الكتابة تعلق بأداء الخمر كما إذا كاتب المسلم عبده على خمر كما تقدم. قال في الكافي: هذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي ونجم الدين الأفطسي والسرخسي والنيسابوري وفي شرح الجامع الصغير. وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي: ولو أدى الخمر لا يعتق، ولو أدى القيمة يعتق لأن الكتابة انتقلت إلى القيمة ولم يبق الخمر بدلاً في هذا العقد لأن العقد صحيحاً وقع صحيحاً على الخمر ابتداء وبقي بعد الإسلام على قيمته صحيحاً على حاله فخرج الخمر عن كونه بدلاً فيه ضرورة، وبأداء غير البدل لا يعتق بخلاف مسألة المسلم حيث يعتق بأداء الخمر لأن العقد فيه انعقد فاسداً فيعتق بأداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق ويضمن لمولاه قيمة نفسه وقد تقدم فرق آخر. وفرق في النهاية بفرق ثالث حيث قال: فإن قلت: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب المسلم عبده إلى الخمر ابتداء حيث يعتق العبد بأداء الخمر وإن وقع العقد فاسداً وفيما نحن فيه هو ما إذا كاتب النصراني عبده الكافر على خمر ثم أسلم أحدهما ثم أدى الخمر لا يعتق مع أن القياس ينبغي أن يعتق بأداء الخمر بالطريق الأولى

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز

للمكاتب البيع والشراء والسفر وإن شرط أن لا يخرج من المصر وتزويج أمته

لأن العقد في الابتداء تأكد انعقاده على الخمر؟ قلت: الفرق بينهما هو أن الكتابة في عقد المسلم على الخمر انعقدت مع الفساد فيعتق بأداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق لما ذكرنا ويكون عليه قيمة نفسه، وأما ههنا فالكتابة انعقدت صحيحة على تقدير إذا بدل يصح أداؤه وقامت القيمة مقام الحجة ولم يوجد ههنا معنى التعليق بأداء الخمر حتى تعتق بأداء الخمر؛ إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي في الجامع الصغير اهـ. والله تعالى أعلم.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذ الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه المقصود بالذات وإلا فقد ذكر في هذا الباب كثيراً ما لا يجوز للمكاتب أن يفعله. قال صاحب العناية: لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب وما لا يجوز فإن جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح اهـ. قال رحمه الله: **(للمكاتب البيع والشراء والسفر)** لأن مقصود السيد من العقد الوصول إلى بدل الكتابة ومقصود العبد به الوصول إلى الحرية وذلك إنما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فاحتاج إلى السفر ويملك البيع بالمحاباة لأن عادة التجار يفعلونه إظهاراً للمسامحة واستجلاباً لقلوب الناس وقد يحابي في صفقة ليربح في أخرى. وأفاد إطلاقه أنه يملك أن يبيع بالنقد والنسيئة الغبن الفاحش واليسير عند الإمام، وعندهما لا يملك بالغبن الفاحش كالعبد المأذون له، ولو زاد في الثمن أو حط بسبب عيب جاز، ولو حط من غير عيب لا يجوز، وشراء المكاتب وبيعه من مولاه جائز. وإذا اشترى شيئاً من مال المضاربة ولا ربح فيه جاز ولا يبيع المولى ما اشترى من مكاتبه مرابحة ما لم يبين لقيام شبهة الملك له فيه. ولو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية جازت؛ كذا في المحيط. وفي المبسوط: ولو باع من مكاتبه درهماً بدرهمين لا تجوز لأن هذا صريح الربا والمكاتب في كسبه بمنزلة الحر، والمكاتب في حق الشفعة فيما يستحقه أو استحق عليه كالحر ا هـ. ولا يقال هذه الأحكام علمت من قوله خرج من يده دون ملكه فيكون تكراراً لأنا نقول: علمت هناك وإن رهن أو ارتهن أو أجر أو استأجر فهو جائز ليس له أن يقرض ضمناً لا تصريحاً ما علم ضمناً لا يكون مكرراً فتأمله. وفي المبسوط. ولو زنى المكاتب أو سرق منه يجب القطع لأنه يخاطب ا هـ. قال رحمه الله: **(وإن شرط أن لا يخرج من المصر)** «أن» هذه وصلية وهذا الكلام متصل بما قبله يعني له أن يسافر وإن شرط المولى عليه أن لا يخرج من البلد كما لو خص له نوعاً من التصرف دون غيره كان ذلك باطلاً لأن هذه الشروط مخالفة لما اقتضى عقد الكتابة لأن مقتضاها فك حجر

....

اليد على وجه الاستمداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه واكتسابه وأن لا يتحكم عليه أحد ويحصل المال بأي وجه شاء فكانت هذه الشروط باطلة والسفر مظنة تحصيل المال. قال الله تعالى ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ [المزمل: ٢٠] والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما تقدم إلا إذا كان داخلاً في صلب العقد وهو أن يكون في البدل مثل أن يشترط خدمته أو مكاتبته على خمر أو خنزير فيفسد العقد لأن الكتابة تشبه البيع من حيث إنها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل فيفسد العقد إذا وجد الشرط في صلب العقد، وتشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد الأداء لأنها مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد لأنه لا يملك نفسه فلا يفسد العقد بالشروط إذ لم يكن في صلب العقد كما هنا. قال في العتابية: والتمكن في صلب العقد هو أن يدخل في أحد البدلين والذي ليس في صلب العقد هو الذي ليس في بدل الكتابة ولا فيما يقابله، وقد رد عليه بعض العلماء بأن قوله «ولا فيما يقابله» ممنوع فإن مقابلة فك الحجر وحرمة المنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فتأمل. أقول: ليس ذلك بشيء لأن كون المنع من الخروج تخصيصاً للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلاً فيها فإن تخصيص الشيء قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما إذا عرفنا الإنسان بالحيوان الضاحك فتأمل ا هـ.

قال رحمه الله: **(وتزويج أمته)** يعني للمكاتب أن يزوج الأمة لأنه من الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز لها وأن كان فيه اكتساب لأن ملك المولى باقٍ فيها فمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها، وربما يعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر. وليس مقصودها بتزويج نفسها المال وإنما هو التحصين والإعفاف بخلاف تزويج أمتها فإن المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للأب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك لأنهم لا يملكون إلا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منها فلا يملكونه. وبهذا التقرير ظهر الفرق بين تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز وإن كان فيه اكتساب المهر ودفع النفقة كما في تزويج المكاتب أمة نفسه لأن العلة في تزويج المكاتبة نفسها مركبة بما ذكرناه فتأمل. قيد بالأمة لأن المكاتب لا يملك أن يزوج نفسه وولده لأنه ليس من التجارة ولا فيه اكتساب مال بل فيه شغل رقبته بالمهر والنفقة. وفي المحيط: زوج امرأة فأعتق فأجاز لم يجز لأن هذا العقد لا مجيز له حال وقوعه لأن الكتابة توجب فك الحجر في الاكتساب وهذا ليس منها بخلاف ما لو كفل مالاً ثم أعتق نفذت كفالته، وكذا لو وكل فعتق جاز وكذا لو أوصى لعبد فأعتق فأجاز لأن هذه العقود لها مجيز حال وقوعها وإنما يمنع ظهورها في حق غيره فسقط حق الغير بالعتق فظهر النفاذ مطلقاً. ولا تجوز هبة المكاتب وصدقته ووصيته وكفالته في الحال، ولو أعتق ترد له الهبة والصدقة لأنها وقعت فاسدة. ولو دفع مضاربة أو أخذ مالاً مضاربة جاز، ويجوز له شركة العنان لا

وكتابة عبده والولاء له إن أدى بعد عتقه وإلا لسيده لا التزوج بلا إذن والهبة

المفاوضة، ويجوز إقرار المكاتب بالدين والعين والاستيفاء لأنه لا بد للتجار منه. ولو أقر المكاتب على ولده المولود في الكتابة بجناية لم يجز إقراره لأنه إقرار على غيره، فإن مات الولد وترك مالاً كان ذلك لأبيه وأخر إقراره وصار هو الخصم في الجناية لأنه ظهر المقر له في حقه بإقراره، وكذا لو أقر على ولده بدين لم يجز فإن اكتسب الولد مالاً وأخذه الأب نفذ إقراره عليه في المال مكاتب أو مأذون في يده أمة ادعى رجل أنها أم ولده أو مكاتبته فصدقه المكاتب أو المأذون فيه جاز ويدفعها إليه، وكذلك إن كان معها ولد دفعه إليه لأن إقراره بالوديعة لغيره يصح ا هـ. قال رحمه الله: **(وكتابة عبده)** يعني يملك المكاتب أن يكاتب عبده لأن الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع، وقد يكون الكتابة أنفع من البيع إذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل إلا بعد وصول البدل، فإذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة. وقال الشافعي: لا يملك لأن العقد لا يتضمن مثله ولأنه يؤول إلى العتق وليس له أن يعتق على مال. قلنا: إنما ملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وإنما لا يملك الإعتاق على مال وتعليق العتق على أداء المال لأن فيه إثبات الحرية مقصودة. وفي الزيادات: رجل مجهول النسب اشترى عبداً فكاتبه فاشترى المكاتب أمة فكاتبها ثم أقر المولى الأعلى المجهول النسب أنه عبد للمكاتب فهي مكاتبة على حالها للمكاتب الأعلى والمكاتب الأعلى للمكاتب الأسفل لأنه يصح إقراره على نفسه بالرق لأن حريته لم تثبته بدليل إلا أنه غير مصدق في حق المكاتب لما فيه من إبطال حق المكاتب فبقي حراً في حق المكاتب مكاتباً للحر لا لعبد مكاتبه وهذا كمجهولة النسب إذا أقرت بالرق لإنسان لم يبطل نكاحها ويؤدي المكاتب الأعلى بدل الكتابة إلى المكاتب الأسفل لأن مجهول النسب لما أقر بالرق لها صار هو وجميع أكسابه مملوكاً لها وبدل الكتابة من جملة أكسابه ومتى صار مجهول النسب عبداً في حق هذا الحكم لا يبرأ المكاتب إلا بالأداء إلى المكاتبة والمكاتبة تؤدي مكاتبتها إلى المكاتب الأعلى. ثم المسألة لا تخلو إما أن يؤديا متعاقباً أو معاً، فإن أديا متعاقباً فأيهما أدى أولاً إلى صاحبه عتق ولا يكون ولاؤه لأحد لأن ما عداه إما عبد أو مكاتب وهما ليسا من أهل الولاية، وأيما أدى آخراً عتق وولاؤه للأول لأنه لما صار حراً صار أهلاً للولاء وإن أديا معاً عتقا ولا ولاء لأحدهما على الآخر لأن عتق كل واحد منهما قرن بعتق صاحبه فلا يكون أحدهما أهلاً للولاء حال عتق صاحبه، وإن عجز أحدهما صار مملوكاً للآخر لأنه إن عجز المكاتب صار مملوكاً للمكاتبة لأنه من كسب مجهول النسب، وإن عجزت المكاتبة فقد صارت أمة للمتكاتب والمقر عبدهما فصارا جميعاً للمكاتب، وإن عجزا معاً عتقت المكاتبة وصار المجهول مع المكاتب عبدين لها لأن المكاتب أقر برقبته لمجهول النسب ومجهول النسب أقر برقبته وجميع أكسابه للمكاتبة فقد صار المكاتب مقراً برقبته للمكاتب، والمكاتبة لما قبلت المكاتبة من المكاتب فقد أقرت برقبتها

....

للمكاتب فقد اجتمع إقرارهاً وإقرار المكاتب سابق على إقرار مجهول النسب وآخر إلا قرارين ناسخ لأولهما لأن للآخر رد الأول ولم يوجد الرد للثاني فصح فصار الاعتبار لإقرار مجهول النسب لأنه آخرهما، وهذا كرجل مجهول النسب أقر بأنه مملوك لعبد رجل وأقر مولى العبد وهو مجهول النسب أنه مملوك لهذا المقر فهما جميعاً مملوكان لعبد مجهول النسب أقر بالرق للمكاتبة والمولى للمكاتبة وهو المكاتب أقر للمكاتب بالرق لمجهول النسب صارا مملوكين للمكاتبة ا هـ مختصراً.

قال رحمه الله: **(والولاء له إن أدى بعد عتقه)** لأن الولاء لمن أعتق وعتيقة المكاتب الأول وهو أهل للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاماً فيه عند ذلك فثبت له ضرورة. وفي شرح الطحاوي: وإن أديا معاً عتقا وثبت ولاؤهما من المولى. وفي الأصل: وإن عجز الأول ورد في الرق ولم يؤد الثاني مكاتبته بعد بقي الثاني مكاتباً على حاله، ونظيره العبد المأذون له إذا أذن لعبده في التجارة ثم حجر على الأول بقي الثاني يصير مملوكاً للمولى على الحقيقة، فلو أعتقه نفذ عتقه، ولو كان الأول لم يعجز ولكن مات قبل الأداء ولم يؤد الثاني مكاتبته أيضاً فهو على وجهين: إن ترك الأول مالاً كثيراً سوى ما على المكاتب الثاني وبه وفاء ببدل الكتابة وفي هذا الوجه لا تنفسخ كتابته فيؤدي كتابته ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي يكون لورثته الأحرار، وإن لم يكن له وارثه فلمولاه ويؤدي الثاني مكاتبته إلى وارث المكاتب الأول، وإذا أدى وعتق كان ولاؤه لابن المكاتب حيث يرث ورثته المذكور. الثاني إذا مات ولم يترك وفاء سوى ما ترك على المكاتب الثاني وهو لا يخلو من وجهين: إن كان مكاتبة الثاني أقل من مكاتبة الأول ففي هذا الوجه تنفسخ مكاتبة الأول ويكون عبداً ويبقى الثاني مكاتباً للمولى، وإن كان مكاتبة الثاني مثل مكاتبة الأول أو أكثر منه وهذا الوجه لا يخلو إما أن حل مكاتبه الثاني وقت موت الأول فتنفسخ كتابة الأول فيؤدي الثاني إلى المولى ويحكم بحرية الثاني للحال وبحرية الأول في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي من مكاتبة الثاني تكون لورثة المكاتب الأول إن كان له وارث حر ويكون ولاء الثاني للمكاتب الأول لا لمولى المكاتب الأول، وإن حل المكاتب للثاني بعد موت المكاتب الأول إن كان له وارث وإن لم يطلب المولى الفسخ من القاضي حتى حلت فالجواب فيه كالجواب فيما إذا مات الأول وقد حل ما على الثاني، وإن طلب من القاضي الفسخ تفسخ كتابة الأول فظهر قول المؤلف لو قال أو عتقا معاً بأداء مكاتبتهما لكان أولى ليفيد أن الولاء له في الحالتين. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا مات الأول وقد حل ما على الثاني وقد ترك وفاء إلا أنه دين على الناس ولم يخرج الدين حتى أدى الأسفل إلى الأعلى ينظر في الولاء والميراث إلى يوم أدى الكتابة ا هـ. وفي المحيط: فإن مات الأول عن ابن ولم يترك إلا ما على الثاني ومات الثاني وترك ولداً مولوداً في الكتابة يسعى فيما بقي على أبيه ويؤدي إلى المولى من مكاتبة الأول، فإن فضل

والتصدق إلا باليسير والتكفل والأقراض واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه

شيء يكون لابن الأول ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وعتق الولد الأول مع عتق أبيه وولاء الثاني لابن الأول. ولو اشترى المكاتب امرأته فكاتبها جاز لأنها مملوكة، فإن ولدت فهو معها في الكتابة ومع الأب أيضاً بخلاف ما لو كاتب أمه وعبداً هو زوجها كتابة واحدة فولدت فالولد يتبع الأم كالحر. قال رحمه الله: **(وإلا لسيده)** يعني إذا أدى الثاني قبل أن يعتق الأول كان الولاء لسيد الأول لا للمكاتب لأنه يقدر جعل المكاتب معتقاً لكونه رقيقاً فيلحقه فيه أقرب الناس إليه وهو مولاه كما لو اشترى العبد المأذون له شيئاً فإنه لا يملك لعدم الأهلية ويلحقه فيه مولاه لأنه أقرب الناس إليه، ولو أدى الأول بعد لا يتحول عتق المعتق إلى غيره بخلاف جرّ الولاء في ولد الجارية فإن مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسبباً باعتبار إعتاق الأصل وهي الأم، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة والتعذر عند عدم عتق الأب، وإذا أعتق زالت الضرورة فيحول الولاء إلى قوم الأب، وقال في المحيط: وولاء العتاقة متى ثبت على أحد لا يحتمل النقل إلى غيره كالنسب. قال رحمه الله: **(لا التزوج بلا إذن)** يعني لا يملك التزوج بلا إذن لأنه يعيب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له إلا عقود توصله إلى تحصيل مقصوده وهو عقد فيه اكتساب مال على ما بينا. ويملك التزوج بإذن المولى لأن الحجر لأجله لأن ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما لثبوت ملكه في رقبته. وفي الخانية: المكاتب لا يملك وطء أمته فإن وطئها ثم استحقت يؤاخذ المكاتب بعقرها في الحال.

قال رحمه الله: **(والهبة والتصدق إلا باليسير)** لأنه نوع تبرع وهو ليس من أهله إلا أن اليسير منه من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بداً من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المهاجرون فيملكه لأن من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعرض لأنه تبرع ابتداء، وكذا لا تجوز وصيت. ولم يبين المؤلف رحمه الله تعالى مقدار اليسير وقال في الذخيرة: إنه يتصدق ويهب بقدر الفلس ورغيف وفضة أقل من درهم ويأخذ الضيافة اليسيرة ويهدي الطعام المهيأ للأكل بقدر دانق، ولو وهب أو أهدى درهماً فصاعداً لا يجوز. قال رحمه الله: **(والتكفل والأقراض)** لأنهما تبرع وليس من ضرورة التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه، ولا فرق في الكفالة بين المال والنفس بإذن أو بغيره لأن الكل تبرع، ولا يجوز كفالة المكاتب بمال أذن المولى فيها أو لا، وكذا الحوالة، وكذا الكفالة بالنفس لأنها متى صحت تتعدى ضرورة إلى المال بأن يعجز عن إحضاره فكان بمنزلة الكفالة بالمال وهو تبرع والمكاتب لا يملك التبرع ويؤخذ منه بعد العتق كالعبد القن إذا كفل، فإن كان صغيراً لم يؤخذ منه بعد العتق لأن الكفالة وقعت باطلة، فإن كفل بمال بإذن المولى لم يلتزم المولى الكفالة، ولو أدى المكاتب فعتق لزمته الكفالة كما تقدم، وإن كفل عبده لآخر رجع السيد على المكفول عنه إن

وتزويج عبده والأب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيئاً منه ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه ولو أخاه ونحوه لا ولو اشترى أم ولده

كفل بأمره، وبغيره أمره بطل المال عنها لأن المولى ملك ما في ذمة المكفول عنه لعجز المكاتب والكفيل أدى ما كفل به رجع على الأصل إن كفل بأمره، وبغير أمره لا يرجع ولو أدى المولى رجع أيضاً. قال رحمه الله تعالى: **(واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه)** لأنه ليس بأهل للإعتاق لأنه لا يتصور إلا ممن يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لأنه فيه إسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب فلا يملكه وبيع العبد من نفسه إعتاق كما بينا فلا يملكه. قال رحمه الله: **(وتزويج عبده)** يعني لا يملك تزويج عبده، وكذا لا يملك أن يوكل به لأنه تعيب له ونقص في المال لكونه شاغلاً للرقبة بالمهر والنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شيء بخلاف تزويج الأمة على ما بينا. قال رحمه الله: **(والأب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب)** لأن الأب والوصي كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب، والأصل فيه أن من كان تصرفه عاماً في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة كالمكاتب والأب والجد والوصي والقاضي وأمينه فكل من كان تصرفه خاصاً بالتجارة كالمضارب والشريك والمأذون فلا يملك تزويج الأمة لا الكتابة عند الأمام ومحمد. وقال الثاني: يملك تزويج الأمة لأن فيه منفعة على ما بينا. وجوابه أنه ليس من باب التجارة فلا يملكه، وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب، وجعله في الكافي كالمأذون له في التجارة ولكل وجه. قال الشارح: جعله كالمأذون أشبه بالفقه. قال رحمه الله: **(ولا يملك مضارب وشريك شيئاً منه)** يعني لا يملك تزويج الأمة الكتابة لأنهما ليسا من التجارة وقد بيناه.

قال رحمه الله: **(ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه)** لما ذكر ما هو داخل في الكتابة بطريق الأصالة وأنهاه شرع يذكر ما هو داخل بطريق التبع والتبع يتلو الأصل، وإنما يكاتب عليه لأن المكاتب يملك الكتابة وإن لم يملك العتق فيجعل مكاتباً معه تخفيفاً للصلة بقدر الإمكان لأنه لما تعذر الإعتاق صار مكاتباً مثله للتعذر بخلاف الحر فإنه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه كما تقدم في بابه بيانه. وذكر الابن والأب وقع اتفاقاً لأن هذا الحكم لا يختص بهما بل جميع من له قرابة الولادة يدخلون في كتابه تبعاً له. وأقواهم دخولاً المولود في الكتابة يكون حكمه حكم أبيه حتى إذا مات أبوه ولم يترك شيئاً يسعى على نجوم أبيه، والولد المشتري يؤدي البدل حالاً وإلا يرد في الرق، وإنما كان كذلك لأن المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد بخلاف المشتري فإن تبعيته ثابتة بالملك والبغضية فيهما حكماً في حق العقد لا حقيقة في حقه لأنه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال. قال الأكمل: وتقديم الأب في الذكر للتعظيم. أما في الترتيب فيقدم الابن على

معه لم يجز بيعها وإن ولد له ولد من أمته تكاتب عليه وكسبه له وإن زوج عبده من

الأب سواء كان مولوداً أو مشتري في الكتابة، والمولود مقدم على المشتري فالمولود يظهر حاله في الحياة وبعد الممات كما تقدم، والمشتري في حال الحياة فقط كما تقدم، والأب يحرم بيعه حال حياة ولده ولم يقبل منه البدل بعد موته حالاً ولا مؤجلاً ا هـ. وإنما قال «تكاتب عليه» ولم يقل صار مكاتباً لأنه لو صار مكاتباً لصار أصلاً ولبقيت الكتابة بعد موت المكاتب الأصلي وليس كذلك، بل إذا مات المكاتب يباع الأب. فإن قيل: ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد وبين ما إذا كاتبه على نفسه وولده الصغير فإنه إذا عتق المشتري لم يسقط من البدل شيء، وأما إذا عتق الصغير الذي تكاتب عليه يسقط من البدل ما يخصه؟ أجيب بأن المشتري تبع من كل وجه فلا يعتبر به في أصل البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة بخلاف الصغير فإنه مقصود بالعقد والبدل في مقابلته فسقط ما يخصه منه. وفي الينابيع: لو ملك الأجداد والجدات أو أولاد الأولاد تكاتب عليهم. وفي الخلاصة: ولو اشترى واحداً من أولاده، وإن سفلوا أو واحداً من أجداده وإن علوا تكاتب عليه. قال رحمه الله: **(ولو أخاه ونحوه لا)** يعني لو اشترى أخاه أو غيره من محارمه لا يكاتب عليه عند الإمام. وقالا: يكاتب عليه لأن وجوب الصلة تشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحل كل ذي رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وبه لهم ولا يقطع يده إذا سرق منهم إلى غير ذلك من الأحكام فكذا هذا الحكم. وللإمام أن للمكاتب كسباً وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق، ولهذا لو اشترى أمة ولده لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة إليه ولو وجد كنزاً والكسب يكفي للصلة في الأولاد، ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الولد والوالد ولا يكفي في غيرها حتى لا يخاطب الأخ بنفقة أخيه إلا إذا كان موسراً والدخول في الكتابة بطريق الصلة فتختص بقرابة الولاد، ولأن هذه قرابة تشبه بني الأعمام في حق بعض الأحكام كحل الحلية وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة إليه، وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين اثنين منهن فألحقناها بالولاد في العتق وبني الأعمام في الكتابة توفيراً على الشبهين حظهما، والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على العكس. وفي الذخيرة: لو اشترى العم والعمة فالقياس أن يصيرا مثله في الكتابة وفي الاستحسان لا يكاتب عليهما ا هـ.

قال رحمه الله: **(ولو اشترى أم ولده معه لم يجز بيعها)** يعني لو اشترى زوجته مع ولده منها لم يجز له بيعها لأن الولد لما دخل في الكتابة امتنع بيعه لما ذكرنا فتتبعه أمه فامتنع بيعها لأنها تبع له ولا تدخل في كتابته حتى لا يعتق بعتقه ولا ينفسخ النكاح لأنه لم يملكها، وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها غير أن لها أن يتبعه كيفما كان لأن الحرية لم تثبت من جهتها على ما بينا. قيد بقوله «معه» لأنه لو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند الإمام. وقالا: ليس له

....

أن يبيعها لأنها أم ولده كالحر إذا اشترى أم ولده وحدها بدونه، وللإمام أن القياس أن يجوز البيع وإن كان معها الولد لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي فيكون للمكاتب وبين أن يعجز فيكون للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد إلا أن بيعها امتنع تبعاً للولد وما ثبت تبعاً يثبت بشرائط المتبوع. ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه، ولا يخفى أن هذا في حال الحياة. وأما في حالة الموت قال في الينابيع: فإذا مات المكاتب وقد اشتراها مع ولدها فلا سعاية عليهما لكن إن أدى ما على المكاتب عند الموت عتقاً، وإذا لم يكن معها ولد فقالت أنا أؤدي جميع المال حالاً لم يقبل منها وللمولى بيعها عند الإمام. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: مكاتب اشترى امرأته فدخل بها وولدت ولداً بعد الشراء فمات المكاتب عن غير وفاء فالولد يسعى فيما على أبيه. وفي المضمرات: وإذا مات الولد في حياة المكاتب ثم مات المكاتب فإن أدت بدل الكتابة حين موته عتقت وإلا ردت في الرق ولا سعاية عليها. وفي الهداية: وإذا ولد له ولد من أمته دخل في كتابته فكان حكمه كحكمه وكسبه له. وفي الينابيع: اشترى جارية فوطئها فجاءت بولد فاعترف به ثم مات عنه فإن ترك معه أبوه ولداً آخر اشتركا في الكتابة. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا مات المكاتب ليس للمولى بيعهم ولا سعايتهم فإن أدى الولد المولود في الكتابة البدل عتق وعتقوا جميعاً، وإن عجز رد في الرق وردوا في الرق إلا أن يقولوا نحن نؤدي المال الساعة فيقبل ذلك منهم قبل قضاء القاضي لعجز المولود في الكتابة، وإن أدى مال الكتابة وللمكاتب مال كثير كان المتروك في قياس قول الإمام للمولود في الكتابة، وفي قياس قول زفر يرثون الجميع منه. وفي الولوالجية: ولدت مكاتبة ولداً فاشترت ولداً آخر ثم ماتت يسعى المولود في الكتابة على النجوم وما كسبه الولد المشتري أخذه أخوه، فما أدى من كتابته وما بقي فهو بينهما نصفان وللمولود له أن يؤاجر المشتري بأمر القاضي، وإن لم يكن لها إلا المشتري أدى الكتابة حال موتها حالاً وإلا ردت في الرق في قول الإمام. وقالا: كسب كل واحد منهما له خاصة ويسعيان على النجوم وإن ترك الولد المشتري دون المولود في الكتابة يسعى على نجومه على قولهما، وعلى قول الإمام إما أن يؤدي حالاً أو يرد في الرق ا هـ.

قال رحمه الله تعالى: **(وإن ولد له ولد من أمته تكاتب عليه وكسبه له)** لأنه بالدعوى ثبت النسب له فيتبعه في الكتابة وكان كسب الولد له لأنه في حكم مملوكه فكان كسبه له، وكذا لو ولدت المكاتبة ولداً دخل في كتابتها كما سنذكره. قال في العناية: واعترض عليه بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل في الكتابة؟ وأجيب بأن معنى قولنا لا يملك لا يحل له وطء أمة لكن إن وطئ وادعى النسب ثبت. قال في المبسوط: جارية بين حر ومكاتب ولدت ولداً فادعاه المكاتب قال: الولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب كالحر ولا يضمن، ولو ولدت

أمته وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها مكاتب أو مأذون نكح بإذن حرة

المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لأن الأوصاف الغارة الشرعية في الأمهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري إلى الأولاد. قيد بقوله «تكاتب عليه» ليفيد أن الأم لم تصر مكاتبة. قال تاج الشريعة: فإن قلت: إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأم حقها وهنا ثبت للولد حق الحرية فيسعى إن ثبت للأم حقها لانحطاط رتبتها عن الولد. قلت: للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة لانحطاط رتبتها. فإن قلت: لم لا تصير مكاتبة تبعاً للولد؟ قلت: لأن العقد ما ورد عليها واعترض عليه بأن عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبة تبعاً للولد وإنما يقتضي أن لا تصير مكاتبة أصالة ألا ترى أنه لو اشترى أباه وابنه تكاتب عليه وإن لم يرد العقد عليه، فالصواب في الجواب الثاني عن السؤال أن يقال إنها لا تصير مكاتبة تبعاً للولد لانحطاط رتبتها عن الولد. وفي الخانية: المكاتب لا يملك وطء أمته فإن وطئها ثم استحقت الأمة يؤاخذ المكاتب بعقرها في الحال. وفي الزيادات: مكاتبان بينهما جارية جاءت بولد فادعياه ثبت النسب منهما ويصير الولد مكاتباً معهما، فإذا أدى أحدهما ما عليه عتق لوجود شرط العتق في حقه وعتق الجزء من الولد تبعاً له وبقي نصيب الآخر مكاتباً للآخر عند الإمام، وعندهما إذا أدى أحدهما عتق فحين عتق نصيبه من الولد عتق نصيب الثاني من الولد ولا ضمان على الولد ولا سعاية عليه وصارت الجارية كلها أم ولده وعليه قيمة نصيب الآخر، سواء كان موسراً أو معسراً، لو قال المؤلف دخل في كتابته كما سيأتي كان أولى من قوله «تكاتب عليه» لأن هذا أقوى دخولاً من المشتري في الكتابة لأنه يقوم مقامه ويسعى على نجومه والدخول يفيد قوة على مكاتب قيده كما سيأتي. قال رحمه الله: **(وإن زوج عبده من أمته وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها)** لأن الولد يتبع الأم في الأوصاف الحكمية فكان مكاتباً تبعاً لها فكانت أحق بكسبه من الأب لأنه جزءها فصار كنفسها وهي نظير المسألة الأولى. ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للأم دون الأب لما ذكرنا بخلاف ما إذا قبلا الكتابة على أنفسهما وعلى ولدهما الصغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون الأم أحق به لأن دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فلا يكون أحدهما أولى من الآخر. وفي بعض نسخ الهداية دخل في كتابتهما وكسبه لهما والأوجه دخل في كتابتهما لأن فائدة الدخول هو الكسب؛ كذا في العناية. قال بعض الفضلاء: فيه تأمل إذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقهما سواء اكتسب أو لا. قيل: هذا ليس بشيء لأن المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الأب هو كون الكسب له لا غير لأنه لا يتبع الأب في الرق والحرية فتأمل. وعدل عن قوله «تكاتب عليها» إلى قوله «دخل في كتابتها» ليفيد أن هذا أقوى حالاً من المشتري في الكتابة لأنه لو مات المكاتب مفلساً سعى هذا في الكتابة على نجومها.

بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد وإن وطئ أمة بشراء فاستحقت أو بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة ولو بنكاح أخذ به مذ عتق.

قال رحمه الله: **(مكاتب أو مأذون نكح بإذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد)** يعني لو تزوج مكاتب أو عبد مأذون له في التجارة حرة بزعمها بإذن المولى فولدت فاستحقت فالولد رقيق وليس له أن يأخذه بالقيمة عند الإمام والثاني. وقال الثالث: ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال إذا كان تزوج بإذن المولى، وإذا كان بغير إذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمة المستحقة بعد العتق إذا كانت هي الغارة له، وكذا إذا غره عبد مأذون أو غير مأذون له في التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق فلا ينفذ في حق المولى وإن غره حر رجع عليه في الحال، وكذا لو كان مكاتباً، وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع به في الحال إن كان التزوج بإذن المولى وإلا فبعد الحرية، وليس له أن يرجع على أحد بالمهر كما علم في موضعه، وحكم الغرور يثبت بالتزوج دون الإخبار بأنها حرة. لمحمد أنه تزوجها رغبة لحرية الأولاد معتمداً على قولها وصار مغروراً كالحر، ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقاً لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية كما تقدم وترك هذا في الحر بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم والعبد ليس في معنى الحر لأن حق المولى وهو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال، وفي العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فتعذر الإلحاق لعدم المساواة؛ هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جداً لأن دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به في الحال، والمذكور ههنا أنه تزوجها بإذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى فلأنه لا يظهر الدين في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال ويشهد لهذا المعنى ما سنذكره. والجواب أن المكاتب ثبت له حرية اليد والمأذون فك السيد حجره فثبت له ما يثبت للحر وأعطيناهما حكم الأحرار ولم يتضمن ما أذن فيه المولى النكاح فتوقف صحة ذلك على إذنه لأنه التوقف للحل لا لأن يضمن ذلك السيد لأنهما صار فيه كالحر بخلاف مسألة البيع لأن إذن السيد فيه تناول البيع ولو كان فاسداً فافترقا. قيد بقوله «بزعمها» لأن المكاتب لو كان عالماً بحال المرأة لا يصير معزوراً بالإجماع. قال رحمه الله: **(وإن وطئ أمة بشراء فاستحقت أو بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة)** كما لو اشترى المكاتب أمة شراء فاسداً فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر في الحال، وكذا العبد المأذون له في التجارة لأن هذا من باب التجارة والتصرف تارة يقع صحيحاً وتارة فاسداً، والكتابة والإذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالوكيل بهما فيظهر في حق المولى فيؤاخذ به في الحال. قال رحمه الله: **(ولو بنكاح أخذ به مذ عتق)** يعني لو تزوج المكاتب امرأة بغير إذن المولى فوطئها يؤاخذ بالعقر بعد العتق،

فصل

ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولد وإن كاتب أم

وكذا المأذون له في التجارة لأن التزوج له ليس من الاكتساب ولا من التجارة لأن الكتابة كالكفالة فلا يظهر في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال بخلاف الفصل الأول، وبخلاف ما إذا اشترى أمة فوطئها فاستحقت حيث يؤاخذ بالعقر في الحال وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب ولا يتناول الإذن ولا عقد الكتابة فيؤخر ما وجب فيه إلى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذه الطريق. وفي الأصل: إذا وقع المكاتب على امرأة كان عليه الحد وهذا ظاهر، فإن ادعى شبهة فسقط عنه الحد فإذا سقط الحد وجب العقر كما في الحر ثم أخذ بهذا المهر في الحال ولا يتأخر إلى ما بعد العتق، وإن كانت مطاوعة لا يؤاخذ بالمهر للحال. ونظير هذا ما قالوا في المجنون إذا وقع على امرأة فوطئها فإن كانت مكرهة فإنه يجب عليه المهر، وإن كانت مطاوعة لا يجب عليه المهر. هذا إذا ادعى نكاحاً وأنكرت فإن صدقته لا يؤاخذ بالمهر في الحال سواء كانت مكرهة أو مطاوعة.

فصل

ذكر هذه المسائل في فصل على حدة لاختصاصها بأحكام تخالف ما سبق. قال رحمه الله: **(ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولد)** لأن المولى لما ادعاه صارت أم ولد منه فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار رأيهما شاءت، ولا يحتاج إلى تصديقها لأنها مملوكة له رقبة بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت نسبه من المولى إلا بتصديق المكاتبة لأنه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وإنما له حق الملك فيحتاج فيه إلى تصديقها، فإذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها، وإذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لأن العتق حصل لها بغير بدل بالاستيلاد. وقال تاج الشريعة: فإن قلت: ينبغي أن لا يسقط عنها لأن الاكتساب تسلم لها وكذا أولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلنا: الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر إليه يسقط. قلنا بسلامة الاكتساب عملاً بجهة المعاوضة، وقلنا بسقوط البدل عملاً بجهة الشرط، ورد بأنه قد تقرر مراراً أن العمل بالشبهين إنما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وهنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل، وجهة كونه شرطاً يستلزم السقوط والسقوط وعدمه متنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما في محل واحد وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما. والصواب في الجواب أنه إنما سلم لها البدل لأن الكتابة

....

انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكتساب والأولاد لأن الفسخ للنظر لهما والنظر فيما ذكرناه وإن ماتت وتركت مالاً يؤدي كتابتها منه وما بقي لولدها ميراثاً لأنه ثبت عتقها في آخر جزء من أجزاء حياتها، وإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد لأنه حر. وإن ولدت ولداً آخر لم يثبت نسبه من غير دعوى لحرمة وطئها عليه، وولد أم الولد إنما يثبت نسبه من غير دعوى إذا كان وطؤها حلالاً، وإذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك ولداً في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز يثبت نسبه من غير دعوى إلا إذا انفاه صريحاً. ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لأنه مكاتب تبعاً لها، ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد. وأطلق في قوله «مكاتبة» فشمل ما إذا كانت مفردة بالعقد أو مكاتبة مع أخرى وما ذكره خاص بالأولى. قال في المحيط: رجل كاتب جاريتين مكاتبة واحدة ثم استولد أحدهما فالولد حر والأم مكاتبة كما كانت ولا خيار لها لأن الاستيلاد حصل في ملكه فعلق حراً. وإنما قلنا لا خيار لها لأنه لا يمكن ردها إلى الرق بدون الأخرى، ولو ولدت إحداهما بنتاً فاستولد المولى البنت صارت أم ولد له والولد حر بغير القيمة، وليس لها أن تعجز نفسها وتبطل الكتابة لأنها تابعة لأمها وإذا تعذر فسخ الكتابة تصير أم ولد له اهـ. فلو قال بعقد مفرد لسلم. وفي المبسوط: إذا ادعى المولى حبل المكاتبة فضرب إنسان بطنها بعد ذلك بيوم فألقت جنيناً ميتاً فإن في الولد غرة لأبيه لأنه عتق بدعوته فكان ميراثاً له ولا ترث شيئاً ولكنها تأخذ العقر إن اختارت المضي على المكاتبة اهـ. فلو قال ولو ادعى جبلها فضرب آخر بطنها فألقت جنيناً ميتاً مضت إلى آخره. لكان أولى لأنه يعلم حكم ما إذا ولدته فادعاه بالأولى. وفي المبسوط أيضاً: ولدت مكاتبة من مولاها ثم أقر المولى أنها أمة لفلان لم يصدق وإن صدقته في ذلك لأن حق أمومية الولد قد ثبت لها فلا يصدقان في إبطالها. فإن قال المدعي بعتها منك بألف ولم ينقد الثمن وقال المولى زوجتني والأمة معروفة للمدعي فعلى المولى المهر لمستوفيه قصاصاً من الثمن، وليس عليه قيمة في الأم ولا في الولد وإن لم تكن معروفة أنها للمدعي ضمن القيمة، ألا ترى أنه لو أنكر البيع لم يتمكن من استردادها فيضمن قيمتها بعد أن يحلف بالله ما اشتراها منه بما يدعيه من الثمن اهـ. وقيد بقوله «مكاتبة من سيدها» ليحترز عن أمة المكاتب فإن صدقه ثبت النسب ويضمن قيمة الولد وتعتبر قيمته يوم الولادة. هذا إذا جاءت به لستة أشهر من حين اشتراها، فلو جاءت به لأقل فادعاه المولى لا تصح دعوته، وكذا إذا اشترى المكاتب غلاماً من السوق لا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب عبد كاتبه وكاتب العبد أمة ثم ولدت المكاتبة ولداً فادعاه مولى المكاتب فالمسألة على وجوه: إما إن صدقاه في ذلك أو كذباه أو صدقه أحدهما وكذبه الآخر، فإن جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر فصدقاه في ذلك أو صدقه المكاتب ثبت النسب منه، وإن كذباه في ذلك أو كذبته المكاتبة لا يثبت النسب، والعبرة هنا بتصديق المكاتبة دون

ولده أو مدبره صح وعتقت مجاناً بموته وسعى المدبر في ثلثي قيمته أو كل البدل بموته

المكاتب، والعبرة فيما تقدم لتصديق المكاتب دون المكاتبة ويجب العقر لها.

قال رحمه الله: **(وإن كاتب أم ولده أو مدبره صح)** لأن ملكه ثابت في كل واحد منهما وإن كانت أم الولد غير متقومة عند الإمام. وعقد إثبات هذه المكاتبة لها بالبدل ولأن ملكه فيها محترم وإن لم يكن متقوماً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فكان أخذ العوض عنه كالقصاص وعقد الكتابة ليرد على المملوك لحاجته إلى التوصل إلى ملك السيد في الحال والحرية في المآل وأمر الولد في هذا لغيرها لأنها مملوكة يداً ورقبة فإنها تملك ما يملكه المكاتب في الحال والمآل وكسبها للولي. قال في الهداية: ولا تنافي بينهما لأنها تلقاها جهتا حرية. قال صاحب الغياثية: لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق لا يثبت لهما فكانا متنافيين لأنا نقول: لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل، وعورض بأنه إن أراد الوحدة الشخصية غير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب؟ وإن أراد النوعية فلا تنافي. وفي المحيط: ومن كاتب أم ولده على خدمتها أو رقبتها جاز فأراد بقوله على خدمتها ورقبتها أن تصير أحق بخدمتها أو رقبتها بأن كاتبها بألف على أن تصير أحق بخدمتها أو برقبتها فهو الصحيح لأن ذكر الخدمة بدون المدة لا يصح. وكذا الرقبة لا يتصور أن تكون بدلاً لأن الشيء الواحد لا يصلح أن يكون بدلاً ومبدلاً، ولو وطئها بعدما كاتبها يجب العقر لأن العقر والأرش بمنزلة الكسب. قال رحمه الله: **(وعتقت مجاناً بموته)** أي عتقت بموت المولى بغير شيء يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لأنها عتقت بالاستيلاد وتسلم لها الأولاد والاكساب لأنها عتقت وهي مكاتبة، وملكه يمنع من ثبوت ملك الغير فصار فيه كما إذا أعتقها المولى في حال حياته، ولئن انفسخت الكتابة في حقها بقيت الحرية في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ للنظر والنظر فيما ذكرنا. ولو أدت البدل قبل موت المولى عتقت بالكتابة كبقائها إلى وقت الأداء، وبالأداء تقرر ولا يبطل. قال صاحب غاية البيان: ولقائل أن يقول: النظر في إيفاء حقها وحقها حصل لا في إبطال حق الغير لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم يعتق قبل موت المولى بل حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها. قال رحمه الله: **(وسعى المدبر في ثلثي قيمته أو كل البدل بموته فقيراً)** يعني لو مات من كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار أن يسعى في ثلثي قيمته أو جميع بدل الكتابة وهذا عند الإمام. وقال الثاني: يسعى في الأقل منهما. وقال الثالث: يسعى في الأقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الموضعين في الخيار وفي المقدار، وأبو يوسف مع أبي حنيفة مع المقدار ومع محمد في نفي الخيار، والكلام في الخيار مبني على تجزئ الإعتاق وعدمه، فعنده لما كان متجزئاً بقي ما وراء الثلث عبداً وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان: كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيتخير للتفاوت بين

فقيراً وإن دبر مكاتبه صح وإن عجز بقي مدبر الوجود السبب الموجب له وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسراً وإن أعتق مكاتبه عتق وسقط بدل الكتابة

الأمرين. وعندهما العتق لا يتجزئ لأنه عتق كله بعتق ثلثه فبطلت لكتابة فلم يثبت الخيار، والدليل ما مر في كتاب العتق. واعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما لما عتق ثلثه عتق كله فانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمته لا غير. وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فيقبضاها كذلك فلربما يكون لها أقل فيحصل النظر بوجوبه لها. وأما المقدار فعندهما لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء، وعند محمد يسقط عنه ثلثه لأن الكتابة صادفت ثلثه وعتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بإزائه من البدل. ولهما أن المال قوبل بما تصح مقابلته به وبما لا تصح فانصرف كله إلى ما لا تصح والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة، وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبته لأن البدل هناك مقابل بكل الرقبة إن لم يستحق شيء من الرقبة عند الكتابة، فإذا أعتق بعض الرقبة نفذ ذلك بالتدبير وسقط حصته من بدل الكتابة بقدره، أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت فكان البدل بأداء الثلثين ضرورة، وليس هذا كما إذا أدى في حياته لأن استحقاق الثلث قد سقط بالتدبير. وفي المبسوط: لو كاتب عبده المأذون المديون فللغرماء بعضها لأنها تضمنت إبطال حقهم، فإذا أخذ المولى الكتابة ثم علموا فلهم أخذها من المولى لأنه كسب عبد مأذون مديون والغرماء أحق بإكسابه قبل الكتابة فكذا بعدها بخلاف ما لو ضرب على عبده المأذون المديون ضريبة مال صح، وما يأخذ المولى من الضريبة مسلم له لأن الضريبة بدل المنفعة وللمولى أن يستوفي المنفعة بالاستخدام فكذا له الضريبة بدلاً عنه. وإن بقي من دينهم شيء ضمن له المولى قيمته ويسعى في بقية دينهم ولا يرجع المولى على العبد بما أدى، وكذا لو قضى المولى دينهم جازت الكتابة ولم يرجع على العبد بما أدى من دينهم. أمة مأذونة في التجارة وعليها دين فولدت فكاتب السيد الولد وعتقه فللغرماء رد الكتابة وفي العتق يضمن المولى قيمة الولد.

قال رحمه الله: **(وإن دبر مكاتبه صح)** لأنه يملك تنجيز العتق فيملك التعليق بشرط وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجاناً أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى مدبراً. قال رحمه الله: **(وإن عجز بقي مدبر الوجود السبب الموجب له)** قال رحمه الله: **(وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسراً)** يعني إن لم يعجز ومات المولى معسراً فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة عند الإمام. وقالا: يسعى في الأقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الإعتاق وعدمه وقد مر بيانه. وأما المقدار هنا فمتفق عليه لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة إن لم يستحق شيء من الحرية قبل ذلك فإذا عتق بعض الرقبة مجاناً بعد ذلك سقطت حصته من بدل الكتابة بخلاف ما إذا تقدم

وإن كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على نصف حال صح مات مريض كاتب عبده على

بالتدبير لأنه سلم له تدبير الثلثين فيكون بدل الكتابة مقابلاً لما لم يسلم وهو الثلث على ما بينا. قوله: **(وإن أعتق مكاتبه عتق)** لأن ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق. قال رحمه الله: **(وسقط بدل الكتابة)** لأن التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلاً بالتحرير وقد فات ذلك بالإعتاق مجاناً، والكتابة وإن كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ بالتراضي الإجماع وقد وجد من المولى بالإقدام على العتق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض. قال رحمه الله: **(وإن كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على نصف حال صح)** والقياس أن لا يجوز لأنه اعتياض عن أجل وهو ليس بمال والدين مال ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين ولا في مكاتب الغير وإن لم يجز كان ربا وذلك في عقد المعاوضة غير جائز، وعقد المكاتبة عقد معاوضة لا ينتقض بالمهر والطلاق المقابل وبالمال. وأجيب بأن ذلك على خلاف القياس بالنص، وكذا أن تقول قوله والدين مال منقوض بقوله لو حلف بأنه ليس له مال وله دين على ملي أو معسر لم يحنث إلا أن يقال ذلك في الأيمان فتأمل. ووجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة من وجه غير مال حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من وجه فكان رباً، ولأن الصلح أمكن جعله فسخاً للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمس مائة حالة. قال بعض الأفاضل في قوله الأجل في حق المكاتب مال: فيه مناقشة ظاهرة إذ قد سبق أن الاستقراض جائز، وبهذا الاعتبار صحت الكتابة حالاً. وأقول: هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا نفي القدرة على الأداء إلا به نفي القدرة الممكنة وهي أداء ما يتمكن به من الأداء، وأما إذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهو ما يوجب اليسر على الأداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الأداء لا يكون إلا بالأجل فتأمل. قال في المحيط: ولو صالحه من الكتابة على عين جاز لأن بدل الكتابة بمنزلة الثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز ولا يشترط قبضها في المجلس - كذا في المنتقى عن محمد - لأنهما افترقا عن عين بدين. ولو كاتبه على وصف أبيض فصالحه على وصفين أبيضين يداً بيد جاز لأنه صالحه على دين بعين فيجوز، ولو استأجر المولى مكاتبه بما عليه سنة بخدمه صحت الإجارة وعتق العبد للحال لأن مولاه ملك بدل الكتابة بالتعجيل فبرئت ذمته عنه، فإن خدمه المكاتب شهراً ثم مات انقضت الإجارة وبرئ المكاتب من صحة ما خدم والباقي دين عليه اهـ.

فروع: إذا اختلف المولى والعبد فقال العبد كاتبتني على ألف وقال على ألفين، أو اختلفا في جنس المال القول قول العبد مع يمينه وعلى المولى البينة، وإذا جعل القاضي القول قول العبد مع يمينه وألزمه المال وأقام المولى البينة بعد ذلك على ألفين لزمه ألفان ويسعى فيهما،

ألفين إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالاً والباقي إلى أجله أورد

وإن لم يقم البينة فأدى الألف وعتق ثم أقامها بعد ذلك ففي الاستحسان عتق وعليه ألف أخرى. وفي الظهيرية: ولو أقاما البينة فالبينة بينة المولى لأنها تثبت الزيادة لأن المكاتب إذا أدى مقدار ما أقام به البينة يعتق. وفي الولوالجية: ولو ادعى كتابة فاسدة والآخر جائزة فالقول قول من يدعي الجائزة والبينة بينة من يدعي الفاسدة، وفي الذخيرة: إذا ادعى المكاتب أنها وقعت فاسدة بأن قال كاتبتني على ألف ورطل خمر وأنكر المولى ذلك القول قول المولى ويلزم المكاتب الكتابة، وكان ينبغي أن لا يقضي بجواز الكتابة بقول الآمر لأن للمكاتب أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة ألا ترى إلى ما ذكر في الشهادة إذا قام المولى البينة على العبد أنه كاتبه بألف وأنكر العبد ذلك فالقاضي لا يقضي ببينة المولى، وجواب ما ذكر هنا محمول على الرواية التي تقول إنه ليس للمكاتب أن يعجز نفسه من غير قضاء القاضي.

قال رحمه الله: **(مات مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالاً والباقي إلى أجله أورد رقيقاً)** يعني المريض إذا كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم فمات المولى ولا مال له غيره فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالاً والباقي إلى أجله أو يرد رقيقاً، وهذا عند الإمام وأبي يوسف. وقال محمد: يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله أو يرد رقيقاً لأن للمولى أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بطريق الأولى فصار كما لو خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز، وإن لم يكن له مال آخر فصار كله مؤجلاً كما مر في باب الخلع. ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى جرى عليه أحكام الإبدال من الأخذ بالشفعة وغيرها، وحق الورثة متعلق بالمبدل كله فكذا بالبدل بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال وإن لم تتعلق الورثة بالمبدل فكذا لا تتعلق بالبلد. وحاصله أن المحاباة بالأجل فيعتبر في جميع الثمن وصية من الثالث عندهما، وعنه الأجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث. قيدنا «وقيمته ألف» لأنه لو كان بالعكس ففي العتابية: وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلث القيمة حالاً أورد رقيقاً في قولهم جميعاً لأن المحاباة في القدر وهو إسقاط ألف درهم والتأخير وهو تأجيله الألف فلم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في الإسقاط ولا في حق التأخير اهـ. وفي المحيط: مريض كاتب عبده على قدر قيمته فمات ولا مال غيره يقال عجل لي ثلثي البدل والثلث مؤجلاً كما هو، فإن لم يفعل يرد في الرق. وفيه أيضاً: لو كاتب عبده في الصحة ثم أقر في مرضه باستيفاء بدلها فصدق لأن حق الورثة لم يكن متعلقاً بالعقد فصح إقراره بالاستيفاء كما لو باع أجنبياً في الصحة في ثم أقر باستيفاء الثمن في المرض، ولو كان عليه دين محيط لم يقبل في شيء ويعتق العبد بزعمه ويؤخذ بالكتابة، ولو قال إن مت فكاتبوا هذا العبد تصح الوصية لأنه يملك عتقه فيملك

....

الإيصاء، ومن كاتب عبده في مرضه ولا مال له غيره فأجازه الورثة في حياتهم فلهم الإبقاء بعد موته. ولو كاتب عبده في صحته على ألف وقيمته خمسمائة فأعتقه عند الموت ولم يقبض شيئاً حتى مات سعى في ثلثي قيمته عندهما وتبطل الكتابة. وقال الإمام: يسعى في ثلثي قيمته وإن شاء سعى في ثلثي ما عليه من الكتابة، فإن قبض المولى خمسمائة ثم أعتقه في مرضه، فإن كان المقبوض هالكاً لم يحسب له شيء مما أدى وصار مال الكتابة ما بقي فيسعى في ثلثي كتابته لأن ثلثي كتابته وثلثي ما بقي من كتابته سواء. وعندهما يسعى في ثلث قيمته، ولو أدى المكاتب المائة ثم أعتقه في مرضه سعى في ثلثي المائة بالإجماع اهـ. وفي شرح الطحاوي: من أعتق مكاتبه وهو مريض ينظر؛ إن كان يخرج من الثلث عتق مجاناً، وإن كان لا يخرج من الثلث ولم تجز الورثة ينظر إلى ثلثي قيمته وإلى ثلثي بدل الكتابة وله الخيار يسعى في أيهما شاء عند الإمام. وظاهر قوله عبده أن ملكه كامل له وإنما باشر العقد بنفسه ليحترز عما إذا كان بين صحيح ومريض. قال في المحيط: وإن كان العبد بين رجلين مرض أحدهما وكاتبه الصحيح بإذنه جاز وليس للوارث إبطاله، وكذا إذا أذن له في القبض وقبض بدل الكتابة ثم مات المريض لم يكن للوارث أن يأخذ منه شيئاً. وفي الجامع: مكاتب أقر لمولاه في صحته بألف درهم وقد كان المولى كاتبه على ألف وأقر المكاتب في صحته لأجنبي بألف درهم فمرض المكاتب وفي يده ألف فقضاها المولى من المكاتب فمات من ذلك المرض وليس له مال غيرها فالألف تقسم بين المولى والأجنبي على ثلاثة أسهم: سهمان للمولى وسهم للأجنبي. ولو أن المكاتب أدى الألف إلى المولى من الدين الذي أقر به ثم مات فالأجنبي أحق بهذه الألف وبطل دين المولى ومكاتبته، وإن مات عن غير وفاء فرد في الرق ومات على ملك المولى ويبطل دين المولى وكتابته، ولو لم يقبض المولى الألف ومات وتركها فهي للأجنبي. ولو ترك المكاتب ابناً ولد له في الكتابة فالأجنبي أحق بهذه الألف أيضاً ويبيع المولى ابن المكاتب بالدين والمكاتبة، وإذا أدى الابن الكتابة والدين لا ينقض القضاء للأجنبي. ولو أن رجلاً كاتب عبده على ألف درهم في صحته وأقرضه أجنبي ألف درهم ثم مرض المكاتب وأقرضه المولى ألف درهم بمعاينة الشهود فسرقت من المكاتب وفي يد المكاتب ألف درهم أخرى فقضاها المولى فالمولى أحق بها من الأجنبي بخلاف ما لو اشترى المكاتب في مرضه عبداً من المولى بألف درهم ولرجل أجنبي على المكاتب ألف فهلك العبد وفي يد المكاتب ألف درهم لا غير فقضاها المولى من ثمن العبد فمات المكاتب من مرضه ذلك ولم يترك وفاء، فما قبض المولى من ثمن العبد لا يسلم للمولى، وإن كان البيع وقبض الثمن بمعاينة الشهود فيسترد الألف ويدفع إلى الأجنبي. والفرق أن صورة القرض المماثلة ظاهرة فيقدم المولى ولم تظهر في صورة البيع فقدم الأجنبي فتأمل. وفيه أيضاً: كاتب عبده على ألفين وله ابنان حران وهما وارثاه فمرض المكاتب وأقر لأحد الابنين بألف درهم وأقر للمولى بدين ألف درهم فمات

رقيقاً وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالاً وإلا رد رقيقاً حر كاتب عن عبد على ألف وأدى عتق وإن قبل العبد فهو مكاتب وإن

وترك ألفي درهم فالمولى أحق بالألفين يستوفي أحدهما من الكتابة والأخرى من الدين، فإن ترك أقل من الألفين يبدأ بدين الابن اهـ. والفرق هو أنه إذا ترك ألفين أمكن تصوره بعد موته حراً نظراً إلى صورة المؤدي، وإن اختلف بوجه الدفع فقدم المولى لأنه عقد الكتابة على صورة ألفين بخلاف ما إذا ترك الأقل لم يمكن ذلك فقدم الابن فتأمل.

قال رحمه الله: **(وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالاً وإلا رد رقيقاً)** وهذا بالإجماع وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: **(حر كاتب عن عبد على ألف وأدى عتق وإن قبل العبد فهو مكاتب)** اختلف الشارحون في صورتها قال بعضهم: قال حر لمولى العبد كاتب عبد على ألف درهم على أني إن أديت لك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط، فإذا قبل العبد صار مكاتباً يعني هذا العقد له جهتان نافذ في حق ما ينتفع العبد وهو أن يعتق عند أداء الشرط وموقوف على إجازة من له الإجازة فإذا قبله صار مكاتباً لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء. وقال بعضهم صورتها: أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني إن أديت لك ألف درهم فهو حر، فإذا أدى لا يعتق قياساً لأن العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق، وفي الاستحسان يعتق. وجه الاستحسان أنه لا ضرر على العبد في عتقه بأداء الأجنبي ولا يرجع الدافع على العبد لأنه حصل له مقصوده وهو عتق العبد، وقيل يرجع على المولى ويسترد ما أداه إن أداه بضمان لأن ضمانه كان باطلاً كما لو ضمن في الصحيحة فإنه يرجع بما أدى فهذا أولى، وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه تبرع به. هذا إذا أدى عنه بدل الكتابة كلها، وإن أدى عنه البعض فله أن يرجع سواء أداه بضمان أو بغير ضمان لأنه لم يحصل له غرضه وهو العتق فكان حكم الأداء موقوفاً فيرجع، ولو أدى قبل إجازة العبد ثم أجاز ليس له أن يرجع سواء أدى البعض أو الكل إلا إذا أداه عن ضمان لأن الضمان فاسد فيرجع بحكم فساده. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين البيع فإن بيع الفضولي لا يتوقف على إجازة المجيز فيما له وفيما عليه وهنا لم يتوقف فيما له. والجواب أن ما له هذا إسقاط محض وهو لا يتوقف على القبول. وفي الشارح: ولو قال العبد لا أقبل فأدى عنه الأجنبي الذي كاتب عنه لا يجوز لأنه ارتد برده، ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز. وفي المحيط: ولو كان هذا العبد ابناً لهذا القائل وكذا لو كان ابن صغير عبداً لرجل واحد فكاتبه عن أبيه لم يجز لأنه لا ولاية له على ابنه الصغير إذا كاتب عبداً للغير وإن أدى عتق العبد في الفصول كلها لأنا اعتبرنا الكتابة نافذة في حق ماله. وفي التتارخانية: رجل كاتب عبد الغير بأمر صاحب العبد على ألف درهم ثم حط عنه خمسمائة فبلغ المولى فأجاز فالكتابة بخمسمائة، ولو

كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح وأيهما أدى عتقا ولا يرجع على صاحبه

كان وهب له الألف ثم بلغ المولى فأجاز فالهبة باطلة. ولو أن رجلاً كاتب عبد الغير بغير إذنه على ألف درهم فأدى العبد الألف إليه ثم بلغ المولى فأجاز الكتابة جازت الكتابة ولا يجوز الدفع ولا يعتق بذلك الدفع، فإن أجاز المولى الكتابة والدفع فذلك جائز في قول أبي يوسف ويعتق المكاتب بدفعه، ولا تجوز إجازة القبض في قول الإمام، وما اكتسبه بعد الكتابة قبل الإجازة فذلك للمكاتب على كل حال اهـ. وفي شرح الطحاوي: ولو كان لرجل عبد غائب فخاطب رجل مولاه فقال كاتب عبدك الغائب على ألف فهذا على وجهين: إما أن يشترط الضمان أو لم يشترط، أما إذا لم يضمن فالكتابة جائزة ويتوقف على إجازة العبد، فإن أجازه جاز ولزمه الألف، وإن رده بطل، فلو أن هذا الرجل أدى قبل أن يجيز العبد وقبل أن يفسخ جاز وعتق العبد، وليس له أن يسترد ذلك في الاستحسان اهـ.

قال رحمه الله: **(وإن كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح)** يعني إذا كاتب عبدين أحدهما حاضر والآخر غائب بأن قال العبد لمولاه كاتبني بألف عن نفسي وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جاز. وفي المحيط: ولو كاتب عبداً حاضراً وآخر غائباً وقبل الحاضر جاز استحساناً اهـ. فظهر أنه لا فرق في البداية بين أن تكون من السيد أو من العبد. والقياس أن يصير الحاضر مكاتباً وحده لأنه عقد الكتابة على نفسه وعلى الغائب فينفذ عليه ويتوقف في حق الغائب على أجازته كما إذا باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبد غيره، وجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصداً وجعل الغائب تبعاً له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل في كتابتها ولدها المولود في الكتابة أو المشتري فيها أو المضموم إليها في العقد تبعاً لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شيء من البدل، ولأن هذا تعليق العتق بأداء الحاضر والمولى ينفرد به في حق الغائب فينفذ من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بألف ثم قال إن أديته إلي ففلان حر فإنه يصح من غير قبول الحاضر فكذا هذا، فإذا أمكن جعل الغائب تبعاً استغنى عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل، ولا عبرة بإجازة الغائب ولا رده ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشيء منه. ولو اكتسب شيئاً ليس للمولى أن يأخذه من يده، ولو أبرأه المولى أو وهب له مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه، ولو أبرأ الحاضر أو وهبه مال الكتابة عتقا، ولو أعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الأم شيء من البدل بعتقه، وكذا ولدها المشتري. ولو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط عن الحاضر حصته من البدل ويؤدي الغائب حصته حالاً أو يرد رقيقاً لأن الأجل لم يثبت في حق الغائب. وفي المحيط: وإن مات الغائب لم يدفع عن الحاضر شيء. وذكر عصام لا يبيع الغائب ما لم يعجز الحاضر اهـ. قال رحمه الله تعالى: **(وأيهما أدى عتقا)** أي أيهما أدى بدل

بشيء ولا يؤاخذ الغائب بشيء وقبوله لغو وإن كاتب الأمة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح وأي أدى لم يرجع.

الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما ويجبر المولى على القبول، أما إذا دفع الحاضر فلأن البدل عليه، وأما إذا دفع الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطراً كما إذا أدى ولد المكاتبة فإنه يجبر على القبول وإن لم يكن البدل عليه، وكمعير الرهن إذا دفع الدين إلى المرتهن يجبر على القبول لحاجته إلى استخلاص حقه وإن لم يكن عليه دين. وفي المحيط: ولو كاتب عبدين كتابة واحدة فارتد أحدهما قيل لا يعتق الحي ما لم يؤد جميع الكتابة كما لو مات أحدهما حتف أنفه أو قتل وإن ترك المقتول كسباً في ردته أخذ المولى منه جميع البدل وعتقا لأن كسبه تعلق به حق الورثة فلم يصر فيئاً، وإذا التحق بدار الحرب أخذ الحاضر بجميع البدل ويرجع على المرتد بحصته إذا عاد. قال رحمه الله: **(ولا يرجع على صاحبه بشيء)** يعني لا يرجع واحد منهما بما أدى من البدل على الآخر؛ أما الحاضر فلأنه قضى دين نفسه، وأما الغائب فلكونه أدى بغير أمره وليس بمضطر فيه لأنه يطلب نفعاً مبتدأ بخلاف معير الرهن فلأنه مضطر من جهته قال في المحيط: كاتب عبدين على ألف منجمة كتابة واحدة فزاد أحدهما مائة درهم ولم يقبل الآخر الزيادة فإنه يلزم الزائد نصف الزيادة ويكون عليه حالاً ويعتقان بأداء الألف لأن الزيادة لم تلتحق بأصل العقد لأن الكتابة المنجمة تعليق والتعليق لا يحتمل التغير فإذا أدى أحدهما لا يرجع بها على الآخر لأنه تبرع. ولو زاد أحدهما مائة وضمها فالزيادة كلها عليه نصفها بالأصالة ونصفها بالكفالة. قال رحمه الله: **(ولا يؤاخذ الغائب بشيء)** يعني لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لأنه لا دين عليه لأنه لم يلتزم له بشيء وإنما دخل في الكتابة تبعاً فصار نظير ولد المكاتبة. قال رحمه الله: **(وقبوله لغو)** يعني قبول الغائب ورده لغو لأن الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله لا رده كمن كفل ديناً عن غيره بغير أمره فبلغه فإجازته باطلة ولا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع.

قال رحمه الله: **(وإن كاتب الأمة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح)** وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجهه في مسألة الغائب لأن هذه مثلها في جميع ما ذكرنا من الأحكام لما أن الأم والأب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد في كتابتهما بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر وقبول الأولاد وردهم لا يعتبر. وفي المحيط: كاتب عبده وامرأته على أنفسهما وأولادهما الصغار، ثم إن إنساناً قتل الولد فقيمته للأبوين ولو غاب الأب فأراد المولى استسعاء الولد في شيء من الكتابة لم يكن له ذلك ولا سبيل للأبوين على كسب الولد لأنه مكاتب أصلاً بخلاف المولود في الكتابة لأنه دخل تبعاً فكان كسبه تبعاً. ويدفع حصته عن الأبوين إن أعتقه السيد، وإن مات الأبوين أدى حالاً

باب كتابة العبد المشترك

عبد لهما إذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حصته بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه

وإلا رد في الرق إن وقعت الكتابة وهو كبير، وإن وقعت وهو صغير يسعى على نجومهما فيثبت الأجل في حقه تبعاً لهما ولا كذلك الكبير اهـ. وذكر الأم مثال وليس بقيد. قال في المحيط: كاتب عبده على نفسه وولده الصغير جاز استحساناً، وإن رد في الرق رد الولد في الرق، وإن مات الأب سعى الأولاد، وإن كانوا صغاراً عاجزين ردوا في الرق لتحقق العجز عن الأداء، فإن قالوا نسعى لا يلتفت إلى قولهم، ولو لم يعجزوا وسعى بعضهم وأدى لم يرجع على إخوته بشيء لأنه أدى عن أبيه لا عن إخوته، فإن ظهر للمكاتب مال لم يكن له أن يأخذ ما أدى لأنه أدى ما لم يكن مطالباً بأدائه وللمولى أخذ كل واحد منهما بأداء جميع بدل الكتابة لأنه قائم مقام أبيه، وإن أعتق المولى بعضهم رفعت حصته عن الباقين ولو كانوا كباراً فكاتبه على نفسه وعليهم بغير إذنهم وادى عتقوا ولا يرجع عليهم كما ذكرنا في الصغار اهـ. قال رحمه الله: **(وأي أدى لم يرجع)** لما ذكرنا في مسألة الغائب، ولو أعتق الأم بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها في الحال بخلاف المولود في الكتابة والمشتري حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الأم بالبدل دونهم، ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها وليس له أن يبيعهم، ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح ولها يصح ويعتقون معها لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغائب والله تعالى أعلم.

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك؛ قاله في غاية البيان. وقال أكثر الشراح: ذكر كتابة الأثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد. قال رحمه الله: **(عبد لهما إذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حصته بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض)** يعني إذا كان العبد بين اثنين إذن أحدهما لصاحبه إن يكاتب حظه. وتعبير المؤلف بقوله لهما أولى من تعبير صاحب الهداية حيث قال بين رجلين لأن المثنى يستوي فيه المذكر والمؤنث فيشمل ما إذا كان بين رجلين أو امرأتين أو رجل وامرأة. وقال في العناية: وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن. وفي الأصل: وعامة المشايخ لم يشترطوا لصحة الفسخ القضاء أو الرضا، والإمام العلامة نجم الدين النسفي شرط له القضاء أو الرضا اهـ. وهذا هو قول الإمام. وقالا: هو مكاتب لهما والمقبوض بينهما، وأصله أن الكتابة تتجزى عند الإمام، وعندهما لا تتجزى كما ذكر في الاعتاق. وفي الشارح: وفائدة إذنه بالقبض أن ينقطع حقه

....

فيما قبضه ويختص به القابض لأن إذنه بالقبض إذن لعبده بالاداء إليه إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه لأنه تبرع لم يتم بعد اهـ. وجه قول الإمام أن المكاتب نصف كسبه له فإذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدينه صح إذنه وتم بقضاء دينه به فكان المقبوض للقابض، فإن عجز المكاتب لا يرجع الآذن بذلك وإن لم يحصل مقصوده وهو الحرية لأن المتبرع عليه هو العبد، ولو رجع يرجع على العبد والمولى لا يستوجب على عبده ديناً بخلاف ما إذا تبرع شخص بقضاء الثمن ثم استحق أو هلك قبل القبض أو انفسخ البيع أو تبرع بقضاء مهره وحصلت الفرقة من جهة المرأة حيث يرجع بالمهر والثمن لأن ذمة البائع والمرأة صلحت لوجوب الدين المتبرع عليها فأمكن الرجوع. ولو كان الشريك بالإذن مريضاً وأدى من كسبه قبله صح من الثلث لأنه تبرع بعين ماله وفي الأول بالمنافع فالمتبرع بالمنافع يعتبر من جميع المال وبالعين من الثلث. وجه قولهما أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة كله فإذا كاتبه صار كله مكاتباً نصيبه بالأصالة ونصيب شريكه بالوكالة فهو مكاتب لهما والمقبوض بينهما. قيد بقوله «إذن» لأنه لو كاتبه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتباً وللساكت أن يفسخ بالإجماع قبل أن يؤدي بدل الكتابة دفعاً للضرر عن نفسه بخلاف ما إذا باع نصيبه حيث لا تفسخ لأنه لا ضرر فيه لأنه لم يخرج نصيبه من يده وبخلاف العتق وتعليق العتق بالشرط حيث لا يفسخ لأنه لا يقبل الفسخ. وفي العتابية: اعترض بأن الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الإعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال، ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن شريكه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن أين ذلك في الكتابة؟ وأجيب بأن الكتابة ليست عيناً لكل واحد منهما وإنما يشتمل عليها فيجوز أن يكون فيها ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر، ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند الإمام لما مر، وللساكت أن يأخذ من الذي كاتبه نصف ما قبض لأنه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر؛ إن كاتب كله بألف لم يرجع على المكاتب بشيء مما أخذه منه شريكه لأنه مسلم له بدل نصيبه، وإن كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذه منه شريكه لأن الكل كان بدل نصيبه ولم يسلم له بعضه فيرجع عليه به. وعندهما بالأداء عتق كله ورجع الساكت على شريكه إن كان موسراً وإلا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقي من الأكساب لأنه كسب عبد مشترك، ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الأول صار مكاتباً لهما.

أما عند الإمام فظاهرلأنها تتجزى، وأما عندهما فلأن الساكت كان له أن يفسخ فإذا كاتبه كان فسخاً منه في نصيبه وأيهما قبض شيئاً من يدل نصيبه لا يشاركه الآخر فيه وتعلق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابته، فإن أدى لهما معاً فالولاء لهما عندهم، وإن قدم أحدهما صار كمكاتبهما أعتقه أحدهما عتق نصيبه عند الإمام ويبقى نصيب صاحبه مكاتباً ولا ضمان ولا سعاية إلا أن يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق

ثم وطئ الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للأول ويغرم لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأي دفع العقر إلى المكاتبة

والإعتاق واستسعاء العبد إن كان المعتق موسراً وإن كان معسراً بين الإعتقاق والاستسعاء. وعند الثاني يضمن المعتق إن كان موسراً ويستسعي العبد في نصف قيمته إن كان معسراً، وعند الثالث يضمن الأقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار ويسعى في الإعسار. وإن كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بإداء نصيب أحدهما إليه ويعتق بإعتاقه وإبرائه وهبة نصيبه لأنه لم يبق له قبله حق فيكون حكمه حكم المسألة الأولى في التضمين والسعاية والعتق والأختلاف فيها. وباستيفاء نصيبه لم يبرأ لأن المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر، وفي المحيط: وإن كاتب نصيبه بغير إذن شريكه فلم يعلم شريكه حتى كاتب نصيبه بإذن الأول ثم علم فليس له الفسخ لأن حق الفسخ إنما يثبت للساكت لدفع الضرر عنه والضرر هنا يندفع بالفسخ لأنه يبقى نصيبه مكاتباً وما يأخذه أحدهما بعد هذا يسلم له لا يشاركه صاحبه فيه ونصيب كل واحد منهما مكاتب كتابة على حدة، وإذا كاتب كله بإذن شريكه إلى أن قال فوهب له نصف بدل الكتابة لم يعتق نصيبه، ولو وهب جميع نصيبه عتق نصيبه. والفرق أن بدل الكتابة دين واحد فمتى وهب النصف مطلقاً ينصرف إلى النصف شائعاً من النصيبين فلا تقع البراءة للعبد عن جميع حصته وإنما تقع البراءة عن نصف حصته، ومتى وهب حصته وحصته لا تحتمل إلا نصيبه خاصة فيبرأ العبد عن جميع حصته فيعتق بخلاف سائر الديون إذا وهب أحد الشريكين نصف الدين مطلقاً ينصرف إلى نصيبه لأن الدين ثمة وجب بإيجابه، وبخلاف ما لو باع أحد الشريكين جميع العبد ثم وهب النصف حيث ينصرف إلى نصيبه خاصة لأن إيجاب نصيب شريكه لم يصح في حقه فصار وجود الإيجاب في نصيب شريكه وعدمه بمنزلة واحد اهـ. قيد بقوله «ويضمن» لأنه لو لم يأذن بالقبض قال في التتارخانية: كاتب نصيبه بإذن شريكه ولم يأذن له بالقبض، فعلى قول الإمام الجواب فيه كما إذا لم يأذن له أن يكاتب نصيبه في جميع ما ذكرنا من الأحكام إلا في فصلين: أحدهما لا يكون للآذن تضمين المكاتب أن يفسخ الكتابة في نصيب المكاتب، والثاني أنه متى أدى عتق نصيب المكاتب. وأما على قولهما فقد صار العبد مكاتباً بينهما اهـ.

قال رحمه الله: **(أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه ثم وطئ الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للأول ويغرم لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه)** وهذا قول الإمام. وعندهما هي أم ولد للأول وهي مكاتبته كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند الثاني، وعند الثالث الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، ولا يثبت نسب الولد الآخر من الآخر ولا يكون له الولد بالقيمة ويغرم العقر لها، وهذا الاختلاف مبني على تجزئ الاستيلاد في المكاتبة فعنده يتجزئ،

....

وعندهما لا يتجزئ، واستيلاد القنة لا يتجزئ بالإجماع واستيلاد المدبرة يتجزئ بالإجماع، فإذا عرف هذا فنقول عنده: إذا ادعى أحدهما الولد صحت دعوته في نصيبه وهي تكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيب أم ولده له ولم يتملك نصيب صاحبه فيبقى نصيب الآخر مكاتباً على حاله. وقالا: يتملك نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولد له لأن الاستيلاد يجب تكميله ما أمكن لكونه قابلاً للنقل وقد أمكن هنا كما في الأمة المشتركة لأن الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمل فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في حق التمليك والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه لهذا جاز عتقه في الكفارة بخلاف ما إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لأنه لا يملك تمليكها إذ التدبير يمنع النقل. وللإمام أن الاستيلاد يقبل التجزئ إذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين إذا استولدها أحدهما فإنه يتجزئ ويقتضي الاستيلاد على نصيبه والكتابة عقد لازم كالتدبير، فإذا جاءت بولد بعد ذلك وادعاه الآخر ادعى نسب وولديه له نصفها فتصح دعوته ويثبت نسبه منه، فإذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين به أن الأمة كلها أم ولد للأول لأن المقتضي للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضى عمله من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف قيمتها لأنه يتملك نصيبه لتكميل الاستيلاد ونصف عقرها وضمن الآخر قيمة الولد والولد حر بالقيمة لكونه وطئ أمة الغير فلزمه كمال العقر. قال في العناية: ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند الإمام لأن حكم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها. وأجيب بأن هذا على قولهما، أما على قول الإمام فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس هذا الجواب بشيء ا هـ. ولا يخفى أن قوله «فكاتباها» ليس بقيد احترازي لأنه لو كاتبها أحدهما فولدت فادعاه فالحكم كذلك عندهما. قال في المحيط: ولو كاتب نصيبه بغير إذن شريكه ثم علقت منه فهي أم ولد له وهي مكاتبة على حالها عندهما لأن كلها صارت أم ولد له ويتملك نصيب شريكه بالضمان لأن الكتابة لا تتجزئ عندهما فيضمن نصف قيمتها أو نصف عقرها لشريكه ونصف عقرها لها. واختلف على قول الإمام قيل لا يصير الكل أم ولد لأن الاستيلاد لم يفد حق العتق في نصيب المستولد للحال فلا يضمن شيئاً لشريكه ويضمن جميع العقر للمكاتبة، وقيل يصير الكل أو ولد له لأن الاستيلاد في نصيبه عامل للحال لقيام ملكه فيه فيمتلكه المستولد فيضمن نصف قيمتها ونصف العقر لشريكه ونصفه للمكاتبة، ولو وطئها الذي لم يكاتب فعلقت به فهي أم ولده والمكاتبة جائزة ولا يتملك نصيب المكاتب بالاستيلاد عنده. وقيل: ينبغي أن تنفسخ الكتابة بنفس الاستيلاد. وعندهما يتملك نصيب صاحبه مكاتبة لأن كلها صار مكاتباً بكتابة الأول وصارت كلها أم ولد، ولو كاتبها بغير إذن شريكه واكتسبت مالاً وأدت فعتقت ثم اكتسبت مالاً ثم حضر غير المكاتب فله نصف كسبها قبل أداء البدل وكسبها بعد الأداء لها. وعندهما

صح وإن دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهي أم ولد للأول وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها والولد للأول وإن كاتباها فحررها أحدهما موسراً فعجزت

هي حرة فيكون لها وتأخذ نصف المؤدي من المكاتب. ولو ولدت المكاتبة بنتاً فولدت البنت ولداً فادعاه أحدهما صح الاستيلاد منه، فإن عجزت المكاتبة صارت البنت أم الولد للواطئ ويضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت لأن بعجز الأم صارت قنة فيمتلكها المستولد من وقت العلوق، فإن لم تعجز وأعتق الشريك الآخر البنت بعد العلوق صح ولا سعاية عليها وولدها حر عند الإمام، وعندهما إن أدت البنت عتقت ولا ضمان ولا سعاية، وإن عجزت البنت فالأم فالبنت كأم الولد بين شريكين أعتقها أحدهما مكاتبة بينهما ولدت فأعتق أحدهما الولد عتق نصيبه، وإن أعتق الأم عتق نصفه الآخر تبعاً للأم، وإن عجزت فلشريكه في الولد الخيارات الثلاث. مكاتبة بينهما ولدت بنتاً فعلقت منهما ثم ماتا عتقت البنت وحدها والأم مكاتبة على حالها، ولو كانت الأم هي التي ولدت منهما فماتا عتقت ولدها، وإن عجزت ثم ولدت منهما فالولد الأول رقيق لأن الكتابة انفسخت بالعجز في حقهما وصارا قنين ثم صارت أم ولد والأول من فصل فلا يسري حق الحرية ا هـ.

قال رحمه الله: **(وأي دفع العقر إلى المكاتبة صح)** يعني وأي دفع العقر إلى المكاتبة جاز لأنه حقها حال قيام الكتابة فإذا عجزت ترده إلى المولى. قال في العناية. يعني إذا دفع قبل العجز وهذا قول الإمام، وعندهما صارت أم ولد للأول ولزمه كل المهر لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن الضمان الجائز أو الحد الزاجر وانتفى الحد للشبهة فيجب العقر، ولو عجزت فردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه بها اهـ. وفي المبسوط: كاتب جاريته ثم مات عن ابنين فاستولدها أحدهما فهي بالخيار إن شاءت عجزت نفسها وهي أم ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه، وإن شاءت مضت على كتابتها وأخذت عقرها وسقط الحد لشبهة حق الملك. قال رحمه الله: **(وإن دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهي أم ولد للأول)** وهذا بالإجماع. أما عندهما فلأن المستولد يملكها قبل العجز، وأما عنده فلأنه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للأول وأنه لم يكن له فيها ملك كما مر والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لأن الملك من حيث الظاهر كاف، ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير، ولو استولدها فاستحقت لم يبطل وكان الولد حراً بقيمته فكذا هنا وهي أم ولد للأول لأنه يملك نصيب شريكه ويكمل الاستيلاد للإمكان. قال رحمه الله: **(وضمن لشريكه نصف قيمتها)** لأنه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قبل ذلك. قال رحمه الله: **(ونصف عقرها)** لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل. قال رحمه الله: **(والولد للأول)** لأن دعواه قد صحت على ما مر وهذا بالإجماع وهذا متكرر مع قوله «وهي أم ولد». وأجيب بأن ذلك في ذات الأمة وهذا في الأولاد فلا

ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر موسراً للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته.

تكرار. واعترض باختلاف الموضوع بأن هذا يوهم أن الثاني وطئ وادعى والموضوع خلافه فلو قال وتم الاستيلاد للأول لسلم. قال رحمه الله: **(وإن كاتباها فحررها أحدهما موسراً فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت إن كان المعتق معسراً، والأصل في هذا أن الإعتاق لا يتجزئ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال وانفسخت الكتابة، فالحكم عندهما ما تقدم. ومن أصل الإمام أن العتق عنده يتجزئ فجاز إعتاق النصف فلا يؤثر الفساد في نصيب الساكت فلا يضمن العتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الإعتاق فيها، فإذا عجزت ظهر أثر العتق وكان للساكت الخيارات المذكورة في العتق وهي إن كان موسراً فله أن يعتق أو يستسعي أو الضمان، فإذا ضمن كان للمعتق أن يرجع على العبد، وإن كان المعتق معسراً كان له خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا في العتق، وعلى هذا الخلاف لو دبرها واستولدها فإذا عجزت ظهر أثرهما فيضمن قيمتها موسراً كان أو معسراً لأن هذا ضمان تملك. وعندهما لا يتجزئان فصارت كلها أم الولد أو مدبرة ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والإعسار ويضمن العقر في الاستيلاد. قال رحمه الله: **(عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر موسراً للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته)** وهذا عند الإمام. ووجهه أن التدبير يتجزئ عنده فيقتصر التدبير على نصيب المدبر لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت خيار التضمين أو الإعتاق أو الاستسعاء على ما عرف من مذهبه، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء فيقتصر على نصيبه لأنه يتجزئ عنده لكن يفسد نصيب الآخر فله أن يضمنه نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء، فإذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبراً وقد عرف قيمة المدبر في بابه وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً وأبق وضمن الغاصب قيمته فإنه لا يتملكه كذا هذا. قيد بقوله «ثم حرره الآخر» فعلم أنه قن لأنه لو لم يكن قناً قال في المحيط: مكاتب بين رجلين دبر أحدهما صار الكل مدبراً له وهو مكاتب له عندهما ويتملكه بالقيمة للشريك موسراً كان أو معسراً، لأن التدبير لا يتجزئ عندهما فتدبيره لا في نصيب شريكه، فإذا تملكه يتملك بضمان القيمة وضمان القيمة لا يختلف باختلاف اليسار والإعسار. واختلفوا أنه يضمن قيمته مكاتباً أو قناً؛ قيل يغرم نصف قيمته قناً لأنه تنفسخ الكتابة في نصيب شريكه لأن فسخ الكتابة لا يتجزئ، وقيل يضمن قيمته مكاتباً لأن الفسخ إنما لا يحتمل التجزئ لضرورة تضاد الأحكام في محل واحد وذلك لا يوجد هنا فإن الكل قد صار مدبراً من جهة المدبر. وعند أبي حنيفة التدبير يتجزئ فيصير نصفه مدبراً فقد اجتمع في النصف سبباً الحرية

وإن حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم إلى ثلاث أيام وإلا عجزه

الكتابة والتدبير، وفي النصف سبب واحد وهو الكتابة فإذا أدى عتق، فإن مات المدبر عتق. وعندهما في الكل اجتمعا سبب الحرية الكتابة والتدبير، لأن من قال تنفسخ يقول بالفسخ في حق التملك لضرورة صحة التدبير فلا يظهر الفسخ في حق حكم آخر وهو العتق بأداء بدل الكتابة، ولا يخفى أن هذه المسألة تتكرر مع قوله عبد لموسرين دبر أحدهما وحرر الآخر ومثل هذا لا يليق بهذا المُختصر. وأيضاً محل هذه المسائل باب العتق فتدبره. في المحيط: أنت تكاتب بألف يا فلان ويا فلان فالكتابة والقبول للأول، ولو قال أنت تكاتب يا فلان وفلان بألف فالكتابة والقبول للثاني. قال رحمه الله: **(وإن حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق)** لأن المدبر كان له الخيارات السابقة فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار العتق والاستسعاء وهذا عند الأمام. وعندهما تدبير الثاني باطل لأن الإعتاق لا يتجزئ عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك ويضمن قيمته إن كان موسراً لأن هذا ضمان إعتاق فيختلف بين اليسار والإعسار والله تعالى أعلم.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها. قال رحمه الله: **(مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم إلى ثلاث أيام)** نظراً للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لإمهال الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء فلا يزاد عليه. قال صاحب العناية: والمدين بالجر عطفاً على كإمهال. أقول: هذا بحسب الظاهر غير صحيح قطعاً لأنا لا نشك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكإمهال المديون لأجل القضاء ويقبل قوله في الأمهال بمجرد قوله. قال في البدائع: فإن عجز عن نجم فإن كان له مال حاضر أو غائب بأن قال لي مال على إنسان أو قال يجيء في القافلة يمهله القاضي إلى الثلاثة أيام إذ انتظار المدة مندوب. قال في البدائع: ينتظر يومين أو ثلاثة استحساناً والواجب لا يجبر فيه، ولا يخفى أن النجم هو الطالع وسمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي من الوظيفة. قال رحمه الله: **(وإلا عجزه وفسخها أو سيده برضاه)** يعني إذا لم يكن له مال سيصل في ثلاثة أيام فسخ القاضي الكتابة أو فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند الإمام ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالا عليه نجمان لقول علي رضي الله تعالى عنه: إذا تولى على المكاتب نجمان يرد في الرق. والأمر فيما لا

وفسخها أو سيده برضاه وعاد أحكام الرق وما في يده لسيده وإن مات وله مال لم

يدرك بالقياس كالخبر ولأنه عقد إرفاق حتى كان التأجيل فيه سنة. ولهما ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه فسخها بعجز المكاتب عن نجم ورده إلى الرق. والأثر فيه كالمرفوع. وما رواه عن علي: لا ينفي الفسخ إذا عجز عن نجم بل هو سكوت عنه. وأفاد بقوله «أو سيده برضاه» أن الكتابة لازمة من جانب المولى غير لازمة من جانب العبد، فلو أراد العبد أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة وأبى المولى ذلك فللعبد ذلك في الرواية الصحيحة، والرواية الثانية أنها لازمة من جانب العبد أيضاً فليس له أن يفسخها بغير رضا المولى. والمراد بقوله «فسخها» يعني الحاكم يحكم بعجزه لأنه واجب عند طلب المولى وله ولاية ذلك وإن لم يرض العبد فلا بد من القضاء كالرد بالعيب. وظاهر قوله «مكاتب عجز عن نجم» صادق بما إذا كاتبه وحده أو مع غيره وليس كذلك بل هو خاص بما إذا كاتبه وحده. قال في المحيط: ولو كاتب عبدين كتابة واحدة فعجز أحدهما فرده القاضي في الرق والقاضي لا يعلم بمكاتبة الآخر معه ثم أدى الآخر الكتابة عتقا جميعاً لأنه لم يصح رد الأول في الرق ما دام الآخر قادراً على أداء بدل الكتابة، ولهذا لو علم القاضي بكتابة الآخر لا يرد حتى يجتمعا، ولو كاتب المولیان عبداً لهما كتابة واحدة فعجز لم يرد في الرق حتى يجتمع المولیان لأنه إذا غاب أحدهما كان الفسخ في نصيب الآخر متعذراً، ولو مات المولى عن ورثة فلبعضهم الرد في الرق بقضاء وليس له ذلك بغير قضاء لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما له وفيما عليه. وفي المحيط: كاتب عبديه كتابة واحدة فارتد أحدهما ولحق بدار الحرب فعجز الحاضر لم يرده القاضي في الرق وإن رده لم يكن رداً للآخر حتى لو رجع مسلماً لم يرد إلى مولاه، فلو قال «في كتابة واحدة» لكان أولى اهـ. قال رحمه الله: **(وعاد أحكام الرق)** يعني إذا عجز عاد إلى أحكام الرق لأن الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لأجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد، ولا يخفى أن المؤلف قال وعاد أحكام الرق ولم يقل عاد إلى الرق لأنه فيه باق. قال رحمه الله: **(وما في يده لسيده)** لأنه ظهر أنه كسب عبده إذا كان موقوفاً عليه أو على المولى على تقدير الأداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه.

قال رحمه الله: **(وإن مات وله مال لم تفسخ)** وهذا قول ابن مسعود وبه أخذ علماؤنا. وقال زيد بن ثابت: تنفسخ الكتابة بموته وبه أخذ الإمام الشافعي. له أن العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالأداء وقد تعذر إثباته فبطل، وهذا لأن العتق لا يخلوا إما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعده مقتصراً أو مستنداً لا وجه إلى الأول لعدم شرطه وهو الأداء والشيء لا يسبق شرطه، ولا إلى الثاني لأن الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لأن العتق إثبات قوة الميت وهو لا يتصور في المالكية بخلاف ما إذا مات المولى لأنه ليس بمعقود عليه بل عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد، ولأن المولى يصلح أن يكون معتقاً بعد الموت كما

تفسخ وتؤدي كتابته من ماله وحكم بعتقه في آخر حياته وإن ترك ولداً ولد في كتابته

إذا قال أنت حر بعد موتي. ولنا أن الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت الآخر وهو العبد كالبيع، ولأن قضية المعاوضة المساواة فإذا بقي العقد بعد موت المولى لحاجته إلى الولاء وغيره جاز أن يبقى بعد موت العبد لحاجته إلى الحرية ليتوصل إلى حرية أولاده، ولو مات عاجزاً تفسخ الكتابة، ولو قذفه إنسان بعد الأداء يلزمه الحد، وقيل الأداء لا يلزمه الحد لأن العتق ثبت مستنداً إلى آخر جزء من أجزاء حياته فلا يظهر الاستناد في حق هذا الحكم. قال رحمه الله: **(وتؤدي كتابته من ماله)** يعني يؤدي من خلفه فيكون أداء الخليفة كأدائه بنفسه. فإن قيل: الأداء فعل والاستناد يكون في أحكام الشريعة قلنا: نعم لكن فعل الثابت مضافاً إلى حسي الثبوت وهذه الإضافة شرعية ألا ترى أن من رمى صيداً فمات قبل أن يصيبه ثم أصابه صار مالكاً له حتى يورث عنه والمالك ليس بأهل لكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالإضافة إليه وهو ليس أهلاً له ثبت الملك من حين الإمكان وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا. وفي الأصل: إذا مات المكاتب عن وفاء وعليه ديون لأجنبي سوى بدل الكتابة وله مال يوفي وله وصايا يبدأ من تركته بدين الأجنبي ثم بدل الكتابة وتبطل وصاياه، وما بقي يقسم بين ورثته، وإن لم يبق بعد قضاء الدين شيء يبدأ ببدل الكتابة ولا يبدأ بالدين، وإن لم يترك مالاً إلا ديناً على الناس فاستسعى المولود في الكتابة فعجز يرد في الرق فإذا خرج الدين بعد ذلك فذلك للمولى ا هـ. قال رحمه الله: **(وحكم بعتقه في آخر حياته)** بأن يقام الترك الموجود منه في آخر حياته مقام التخلية بين المال والمولى وهو الأداء المستحق عليه وما بقي فهو لورثته. قال في نوادر بشر عن الثاني: مات مكاتب عن وفاء وله أولاد أمته فمات بعض قبل الأداء فأدى ما عليه وبقي مال فهو ميراث ولا يرث الابن الميت وما تركه الابن الميت فهو لأمه وإخوته، ولو كان الولد معه في عقد الكتابة ثم مات بعد أبيه ثم أديت الكتابة لم يرث أباه. وفي نوارد ابن سماعة عن محمد: مكاتب مات وترك ابناً ولد له في الكتابة وترك ألفي درهم ديناً على الناس فاكتسب الابن ألف درهم وأداها في كتابة أبيه ثم خرج دين الأب وله أخ فإن الألفين ميراث بينهما ولا يرجع الابن بما أدى في الألفين، وإن لم يؤد الابن ذلك من ماله فله أن يؤدي ذلك من مال الأب. وفي المنتقى: مكاتب مات وله دين على الناس وله مولود في الكتابة يسعى في الكتابة على نجومها. وله ابنان حران أيضاً ثم مات أحد الابنين الحرين ثم خرج ما للمكاتب على الناس فأديت من ذلك بدل الكتابة فالفاضل بين الولد الحر والمولود في الكتابة ويرث الابن الحر أخاه الذي مات بعد موت الأب، والابن المولدود في الكتابة لا يرث من أخيه الذي مات بعد موت الأب. وفي التتارخانية: مات الرجل عن مكاتبه وله ورثه ذكور وأناث ثم مات المكاتب عن وفاء يؤدي من ذلك بدل الكتابة ويكون بين الورثة الذكور والإناث،

ولا وفاء سعى كأبيه على نجومه فإن أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته ولو ترك

وما فضل بعد ذلك وليس للمكاتب وارث فهو للذكور من ورثة المولى دون الإناث. وفي المحيط: مات المكاتب عن وفاء يبدئ بالدين ثم ببدل الجناية ثم ببدل الكتابة ثم بمهر امرأة تزوجها بغير إذن مولاه ثم الباقي ميراث بين أولاده الدين عتقوا بعتقه والذين كانوا أحراراً قبله لأن الديون متى اجتمعت يبدئ بالأقوى، ودين المداينة أقوى من دين الجناية لأنه عوض من كل وجه، ودين الجناية عوض من وجه لأن مبدله ليس بمال ولهذا لا يملك قبل القبض، ودين الجناية أقوى من بدل الكتابة لأنه لا يسقط بالعجز، ودين الكتابة أقوى من دين المهر لأنه وجب بإذن السيد والمهر وجب بعقد محجور عليه. وإن مات عن وفاء دين المولى يبدئ بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث، فإن لم يوف بالدين والكتابة بدأ بالكتابة لأنه إذا بدأ بها يموت حراً والولد المولود في الكتابة والولد المكاتب معه كتابة واحدة سيأتي في الإرث لأنهما يعتقان معه في آخر جزء من أجزاء حياته، فإن كان الولد منفرداً بالكتابة فأدى بعد موت الأب بعد قضاء مكاتبه الأب أو قبله لم يرث لأنه كان عبداً يوم مات الأب فلم يعتق بعتقه، وإنما عتق بعد موت أبيه. كاتب عبداً مشتركاً بغير إذن شريكه فمات العبد وترك كسباً فقد مات عاجزاً عند الإمام لأن نصفه يصير مكاتباً فلا سبيل لواحد منهما على كسبه. وعندهما كله مكاتب ويكون كل الكسب ملكاً له فيؤدي من كسبه ويضمن المكاتب نصف قيمته لشريكه ا هـ.

قال رحمه الله: **(وإن ترك ولداً ولد في كتابته ولا وفاء سعى كأبيه على نجومه فإن أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته)** وظاهر إطلاق المتن أنه لا فرق بين ما إذا ولد في كتابته من أمته أو أمة الغير، وظاهر العلة تقييده بالأول لأن الولد دخل في كتابته وكسبه له فيخلفه في الأداء وصار أداؤه كأداء أبيه فجعل كأنه ترك وفاء مع الولد. والظاهر من قوله «يسعى» أن الولد المولود فيها لا بد أن يكون قادراً على السعي وليس كذلك. قال في الكافي: لو كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت في مدة الخيار وماتت وبقي الولد يبقي خياره وعقد الكتابة عند الإمام والثاني، وله أن يجيزها، وإذا أجاز يسعى الولد على نجوم الأم وإذا أدى عتقت الأم في آخر جزء من أجزاء حياته وعتق ولدها وهذا استحسان، وعند الثالث تبطل الكتابة ولا يصح إجازة المولى وهو القياس. وفي المحيط: ولو ترك أم ولده معها ولد لا تباع واستسعت في الكتابة على نجوم المكاتب وإن لم يكن معها ولد باعها عند الإمام لأن حرية أو الولد لأجل الولد فإذا لم يكن ولد تباع. وعندهما لا تباع وتؤدي بدل الكتابة بعد موت المكاتب كما لو كان معها ولد. ولو حل على أولاده المولودين في الكتابة نجم ولم يؤدوا وبعضهم غائب لم يرد الحاضر في الرق حتى يرجع الغائب لأن الفسخ على الحاضر فسخ على الغائب وقد تعذر في حق الغائب فتعذر في حق

ولداً مشتري عجل البدل حالاً أو رد رقيقاً وإن اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة وإن ترك ولداً من حرة وديناً فيه وفاء

الحاضر أيضاً. وفي الولوالجية: وإذا مات المكاتب عن ولد مولود في الكتابة وولد مشتري معها فعندهما يسعيان في نجوم الأم فما اتصل في يد كل واحد منهما بعد موت الأم فهو له خاصة، وعند الإمام المولود يسعى على نجوم الأم ويؤدي بدل الكتابة وهو المطالب ويسعى الولد المشتري ويأخذ من كسبه ويؤجره بأمر القاضي، وما فضل يكون ميراثاً عن الأم فيكون بينهما. وفي الأصل: الولد المولود في الكتابة يسعى في ديون الأب. قال رحمه الله: **(ولو ترك ولداً مشتري عجل البدل حالاً أو رد رقيقاً)** وظاهر إطلاق المتن أنه لا فرق في المشتري بين أن يكون ولد بعد الكتابة أو قبلها وسيأتي البيان، وهذا عند الإمام. وعندهما يسعى على نجومه كالمولود في الكتابة لأنه صار بمنزلته حتى جاز للمولى إعتاقه كما يجوز إعتاقه المكاتب بنفسه بخلاف سائر أكساب المكاتب فإنه لا يملك إعتاقه. وللإمام أن الأجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت الكتابة والمشتري لم يدخل تحت العقد لأنه لم يضف إليه العقد ولم يسر حكمه إليه لكونه منفصلاً وقت الكتابة، وأورد عليه أنه قد مر في أول فصل المكاتب أن المكاتب إذا اشترى أباه أو ابنه دخل في كتابته، وأيضاً لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالاً. وأجيب أن المراد بدخول الولد المشتري في كتابه أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه إليه بل يجعل المكاتب مكاتباً لولده باشترائه اياه تحقيقاً للصلة وبأن عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالاً ليس لأجل السراية أيضاً بل لضرورة المكاتب إذا ذاك بمنزلة من مات عن وفاء، وقد أفصح عنه في الكافي حيث قال: وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن إذا عجل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء بخلاف المولود في الكتابة لأنه من مائه بعد الكتابة. قال رحمه الله: **(وإن اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه)** لأنه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فيتبعه ولده في ذلك فيكونان حرين فظهر أنه مات حر عن ولد حر وقد بيناه. قال رحمه الله: **(وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة)** لأنهما صارا كشخص واحد فإذا حكم بعتق أحدهما في وقت يعتق الآخر في ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حراً، مات عن ابن حر، ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حر ومولود في الكتابة ومكاتب معه بعقد واحد ووصياً ترثه أولاد لما ذكرناه وبينا ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لأن بيع العروض من باب الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير. ولو مات الابن قبل أداء الكتابة لا يرثانه لأن أرثه ليس من حقوق كتابة أبيه فلا يظهر الاستيلاد في حقه.

بكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز وما أدى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده وإن جنى عبد فكاتبه سيده جاهلاً بها

قال رحمه الله: **(وإن ترك ولداً من حرة وديناً فيه وفاء بكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب)** لأن القضاء بموجب الجناية على موالي الأم لأن المكاتب وإن ترك مالاً وهو الدين لا يحكم بعتقه إلا عند أداء بدل الكتابة فكانت الجناية عليهم، فإذا قضى به القاضي عليهم كان القضاء تقريراً للكتابة فتبقى الكتابة على حالها، فإذا أدى بعد ذلك بدل الكتابة عتق الكاتب وظهر للابن ولاء في جانب الأب فينجر إليه ولاؤه. ولأنه فرع ظهور العتق وكانوا مضطرين فيما علقوا فلهم الرجوع بذلك على موالي الأب ولا يرجعون بذلك على ولي الجناية. قال رحمه الله: **(وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز)** لأنه إذا كانت الخصومة في نفس الولاء بأن مات الولد بعد موت الأب قبل خروج الدين وقضى بميراثه لمولى الأم بطلت الكتابة لأن القاضي يقضي بكون الولاء لمولى الأم لأن الخصومة وقعت في الولاء ومن ضرورة القضاء فسخ الكتابة لأن الولاء من جانب الأم لا يثبت إلا إذا تعذر إثباته من جانب الأب، وإنما يتعذر بفسخ الكتابة لأنها لو كانت باقية يمكن أن يثبت من جانبه بالأداء، ولو خرج الدين بعد ذلك يكون لمولى المكاتب ميراثاً عن عبده لأن صيانة القضاء عن الانتقاض واجب بالإجماع، وفسخ الكتابة بعد موت المكاتب مختلف فيه فكان فسخ الكتابة أولى من نقض القضاء لأن القضاء بالفعل لا ينفسخ وبالقضاء ظهر العجز مطلقاً حتى لو ظهر مال مقدار البدل وأخذه المولى لا يكون بدلاً عن الكناية بخلاف ما قبل القضاء. قال في المحيط: وإذامات المكاتب عاجزاً وترك ولداً حراً فظهر للمكاتب وديعة أديت منها كتابته ولا يتحول ولاء الولد إلى مولى الأب لأن المودع أقر بشيئين؛ أقر بأنه ملك المكاتب، وأقر أن ولاءه تحول، فإقراره على نفسه صحيح فيصدق فيه، وإقراره بتحول الولاء إلى غيره لا يصدق فيه، ألا ترى أن المولى لو أقر أنه استوفى منه بدل الكتابة قبل موته لا يصدق في حق تحول الولاء إلى موالي الأب فكذا هنا. وأما إذا مات لا عن وفاء ولا ولد فاختلفوا في بقاء الكتابة؛ قال الاسكافي: تنفسخ حتى لو تطوع له إنسان بأداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه. وقال أبو الليث: لا تنفسخ ما لم يقض القاضي بعجزه حتى لو تطوع إنسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته. قال رحمه الله: **(وما أدى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده)** لأن الملك يتبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى وإليه أشار النبي ﷺ بقوله في حق بريرة: هي لها صدقة ولنا هدية، حين أهدي إليها وكانت مكاتبة. فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك؟ قلنا: ملك الرقبة مغلوباً في مقابلة ملك اليد حتى لو

فعجز دفع أو فدى وكذا إن جنى مكاتب ولم يقض به فعجز فإن قضى به عليه في

كان للمكاتب أن يمنع المولى من التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب من التصرف وبالعجز ينعكس الحال وليس هذا إلا تبدل الملك للمولى ولئن كان فلا يسلم مثله بمنزلة تبدل العين فصار كالفقير يموت عن صدقة أخذها يطيب ذلك لوارثه الغني لما ذكرنا، وكذا إذا استغنى الفقير يطيب له ما أخذ من الزكاة، وكذا ابن السبيل إذا وصل إلى بلده وفي بده مال من الصدقة لأن المحرم عليه ابتداء الأخذ لما فيه من الذل فلا يرخص من غير ضرورة. ولو أباح الفقير للغني أو الهاشمي عين ما أخذ من الزكاة لم يحل له لأن الملك لم يتبدل، ولك أن تقول المحرم ابتداء الأخذ إلى آخره. فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب له لأنه لم يوجد منهما ابتداء الفعل المحرم المقترن بالإذلال. قلنا: إن لم يوجد منهما الأخذ من يد المتصدق وجد منهما الأخذ من يد الفقير فقد تحقق في حقهما سبب الخبث، ولك أن تقول ليس المحرم نفس الأخذ فقط بل نفس الأخذ المقرون بالإذلال فينبغي أن لا يكون خبيثاً، ونظيره المشتري شراء فاسداً لا يطيب بالإباحة ولو ملكه يطيب، ولو عجز المكاتب قبل الأداء إلى المولى يطيب للمولى عند محمد لأن المولى يملك ما في يده ملكاً مبتدأ حتى تنتقض إجارته، وعند أبي يوسف لا يطيب له لأنه إذا عجز لا يملك المولى إكسابه ملكاً مبتدأ أو إنما له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له ملك، ولهذا لا ينتقض إجارته بالعجز كما في العقد المأذون إذا حجر عليه، والصحيح أنه يطيب له بالإجماع لما ذكرنا أن المحرم ابتداء الأخذ ولم يوجد من المولى الأخذ ا هـ.

قال رحمه الله: **(وإن جنى عبد فكاتبه سيده جاهلاً بها فعجز دفع أو فدى)** يعني المولي بالخيار إن شاء دفع العبد وإن شاء فداه بالأرش لأنه لو كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لأنه لم يصر مختاراً للفداء بالمكاتبة من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختاراً للفداء فيجب عليه الأقل من قيمته ومن الأرش كما إذا أعتقه أو دبره أو استولد الأمة أو باعه بعد ما جنى من غير علم بها إلا أن المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد إلى القيمة، فإذا عجز زال المانع فيتخير بين الدفع والفداء على القاعدة ا هـ.
قال رحمه الله: **(وكذا إن جنى مكاتب ولم يقض به فعجز)** حكمه كالأول لأنه لما عجز صار قناً وجناية القن يخير فيها المولى بين الدفع والفداء على ما عرف وقبل أن يعجز يجب الأقل من قيمته ومن الأرش لأن دفعه متعذر وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب، ألا ترى أن جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الأقل من قيمته ومن الأرش لما أنه أحق بكسبهما، ولو جنى جناية بعد الحكم عليه بالأولى فهي كالأولى. وإذا اجتمعت الجنايات في وقت قبل القضاء لم يلزمه إلا قيمة واحدة كذا في المبسوط. وفيه: وإذا جنى العبد المكاتب ثم عتق فهو على خياره، وإن عجز فالخيار للمولى،

كتابته فعجز فهو دين يباع فيه وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة ويؤدي المال إلى الورثة

وإن كان العبد وامرأته مكاتبين كتابة واحدة فولدت فقتله المولى وقيمته أكثر من الكتابة فهو على المولى في ثلاث سنين أو قتل المكاتب فالمال يجب في ثلاث سنين وإن كانت الكتابة قد حلت. قال رحمه الله: **(فإن قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين يباع فيه)** يعني إذا قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الأقل من قيمته ومن الأرش فهو دين عليه يباع فيه لأن الحق انتقل من الرقبة إلى القيمة بالقضاء، وهذا عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر: تجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول أبي يوسف أولاً لأن المانع من الدفع وقت الجناية موجود وهو الكتابة فلا تتغير كجناية المدبر وأم الولد. ولنا أن الأصل في جناية العبد الدفع وإنما يصار إلى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء والصلح عن الرضا وبالموت عن الوفاء، وهو نظير المغصوب إذا أبق لا يجب عليه القيمة إلا بالقضاء حتى لو رجع قبل القضاء يكون لمولاه، وإن رجع بعد القضاء يكون للغاصب، وكذا المبيع إذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع إلا بالقضاء، وكذا إذا قتل لأن القيمة تقوم مقامه بخلاف المدبر وأم الولد لأنهما لا يقبلان الفسخ. قال رحمه الله: **(وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة)** لأنها حق العبد فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وأم الولد والدين وكالأجل فيه إذا مات الطالب، ولأن الكتابة لا تقبل الانتقال إلى ملك الوارث فتبقى على حكم ملك المولى. قال رحمه الله: **(ويؤدي المال إلى الورثة على نجومه)** لأن النجوم حقه لأنه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب. هذا إذا كاتبه وهو صحيح، ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله إلا من الثلث وقد ذكرناه. والوارث ينوب مناب المورث ويقوم مقامه فيكون قبضه بمنزلة قبض المورث ويقع على ملكه ثم يصير الوارث قابضاً عن نفسه فيملكه بالإرث كما في الدين. وفي المحيط: ولو أدى المكاتب بدل الكتابة إلى الورثة دون الوصي وعلى الميت دين يحيط به أو لا يحيط به لا يعتق لأن حق القبض للموصي لا للوارث لأن الوارث وإن ملك ما قبض إذا لم يكن الدين مستغرقاً وللوصي والغرماء أن يقبض ملكهم بقدر الدين فلم يدفع الحق له لمن له حق القبض فلا يبرأ عن بدل الكتابة كما لو دفع إلى أجنبي وإن أدى إلى الوصي عتق وإن لم يكن في التركة دين لأنه قائم مقام الميت، وإن لم يكن على الميت دين ودفع إلى الورثة وتقاسموا جاز لأن لهم حق القبض، وإن أدى إلى بعضهم لم يعتق ما لم يصل إلى الكل بخلاف الدفع إلى الوصي يوجب العتق وصل إلى الورثة حقهم أم لا، لأنه ثابت عن الميت بالتفويض، ولو أدى المكاتب إلى الغرماء وعليه دين محيط جاز وعتق لأنه دفع الحق إلى من له حق القبض، ولو أوصى المولى لإنسان بما على المكاتب فدفع المكاتب إليه يعتق لأنه دفع الحق إلى مستحقه. قال رحمه الله: **(وإن حرروه عتق مجاناً)** يعني لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لأنهم لم يملكوه. وجه الاستحسان أن

على نجومه وإن حرروه عتق مجاناً وإن حرره بعض لم ينفذ عتقه.

يجعل إبراء عن بدل الكتابة لأنه حقهم وقد جرى فيه الإرث فيكون الإعتاق منهم إبراء وإقراراً بالاستيفاء فلم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما إذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة، ويشترط أن يعتقوه في مجلس واحد حتى إذا أعتقه بعضهم في مجلس لم يعتق، وقيل يعتق إذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الأول وهو رواية هشام عن محمد. قال رحمه الله: **(وإن حرره بعض لم ينفذ عتقه)** يعني لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء لأنه لم يملكه ولا عتق فيما لم يملك ولا يملك أن يجعل إبراء واستيفاء لأن إبراء البعض واستيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته ولا يبرأ من الدين أيضاً لأن البراءة لم تثبت الاقتضاء، فإذا بطل المقتضي بطل المقتضي، ولو قبض واحد نصيب الكل بغير أمرهم لا يعتق إلا إذا أجازوا قبضه أو قبض ما أمرهم. وفي المحيط: لو وهب أحدهم للمكاتب نصيبه في رقبته جاز ولا يعتق لأنه لو أدى نصيبه لا يعتق فكذا إذا أبرأه عنه بالهبة، فإن عجز رد رقيقاً فنصيب الواهب في رقبته ثابت لأنه عاد قناً فانفساخ الكتابة فصار كله ميراثاً لهم من المولى ألا ترى أنه إذا وهبه المولى بعض الكتابة ثم عجز صار كله رقيقا للمولى فكذا هنا والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

كتاب الولاء

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقب المكاتب لأن الولاء من آثار المكاتب لزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة، وهو وإن كان من آثار العتق إلا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت المكاتب إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر. والكلام فيه من وجوه: الأول في اشتقاقه، والثاني في بيان دليله، والثالث في سببه، والرابع في معناه لغة، والخامس في معناه عند الفقهاء، والسادس في ركنه، والسابع في شرطه، والثامن في حكمه. أما الأول فهو مشتق من الولاء وهو القرب وهو حصول الثاني عقيب الأول من غير فصل، أو من الموالاة يقال ولي الشيء إذا حصل بعده من غير فصل، وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة ودليله قوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»[1] وقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2]. وسببه الإعتاق لأن المولى أنعم على عبده بالإعتاق. قال الشارح: والأصح أن سببه العتق على ملكه لأنه يضاف إليه والإضافة دليل الاختصاص، ولأن من ورث قريبه عتق عليه وولاؤه له ولا إعتاق من جهته. وأما معناه لغة وهو عبارة عن المعاونة والنصرة أو عبارة عن المواصلة والمصادقة وسمي الولي ولياً لتناصره وتعاونه لحبيبه وصديقه. وعند الفقهاء عبارة عن التناصر سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط: والمطلوب بكل منهما التناصر؛ كذا في النهاية. وأورد عليه بأن المذكور في المبسوط يدل على كون التناصر غيرهما إلا أنفسهما إذ لا يخفى على الفطن

---

(١) رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب ٧٠ . كتاب الفرائض باب ١٩، ٢٠، ٢٢ . مسلم في كتاب العتق باب ٥، ٦، ٨. أبو داود في كتاب الفرائض باب ١٢. النسائي في كتاب الزكاة باب ٩٩. الموطأ في كتاب الطلاق حديث ٢٥. كتاب العتق حديث ١٧ـ ١٩. أحمد في مسنده (١/ ٢٨١، ٣٢١) (٦/ ٣٣).

(٢) رواه الدارمي في كتاب الفرائض باب ٥٣ .

الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب وشرط السائبة لغو ولو أعتق

أن المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون أمراً مغايراً له. قال في العناية: وهو في عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل ا هـ. وأما ركنه فقوله أعتقته أو ملك القريب أو عقدت الموالاة، ويشترط كون المعتق أهلاً للولاء وهو أن يكون أهلاً للإرث وهو كونه حراً مسلماً وأولاده يكونوا أهلاً بالعصوبة لا بالقرابة. وحكمه أن يعقل الجناية حال حياة معتقه والإرث منه بعد مماته. قال رحمه الله: **(الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب)** لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل لأن الرقيق هالك حكماً ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تختص بالأحياء نحو القضاء والشهادة والملك في الأموال وكثير من العبادات فكان الإعتاق احياء له لثبوت أحكام الأحياء به كالأحياء بالإيلاد فيرث به كما يرث الأب ولده ولهذا سمي ولاء نعمة لقوله تعالى ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه بالهدي وأنعمت عليه﴾ [الأحزاب: ٣٧] بالإعتاق، والمرأة في هذا كالرجل. وقوله «الولاء لمن أعتق» صادق بما إذا أعتق في دار الإسلام أو في دار الحرب وخلي سبيله في دار الحرب أو لم يخل وليس كذلك لأنه إذا أعتق في دار الحرب وخلاه لم يكن له عليه ولاء حتى إذا خرجا إلينا مسلمين لا يرثه ولم يكن له عليه ولاء. وعند أبي يوسف يرثه ويكون عليه له الولاء، فلو قال مسلماً ولو رقيقاً كافراً في دارنا لكان أحسن. ولو أدى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور. وقوله «لمن أعتق» يعني ولو حكماً فدخل العبد الموصي بعتقه وبشرائه وأعتقه الوصي بعد موته فولاؤه لعصبة المولى، وكذا مدبروه وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له. وفي شرح الطحاوي: إذا أمر غيره بإعتاق عبد فأعتق في حال حياته أو بعد وفاته يكون عن الآمر والولاء له، ولو قال لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فأعتق فالعتق يكون عن الآمر استحساناً والولاء له. ولو قال أعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فأعتق عتق عن المأمور والولاء له في قولهما، وفي قول أبي يوسف عن الآمر والولاء له. ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عني فأعتق فإنه يتوقف على قبول العبد، فإن قبل في المجلس الذي علم به لزمه المال وإلا فلا والولاء يورث ا هـ. وشمل قوله «لمن أعتق» الذمي لأن الذمي أهلاً للولاء كالمسلم. وفي المحيط: حربي أعتق عبده فلا يخلو إما أن أعتقه في دار الحرب أو في دار الإسلام، فإن أعتقه في دار الحرب وكان العبد مسلماً فولاؤه له لأنه لا يسترق وإن كان كافراً فلا ولاء له عليه لأن الولاء نتيجة العتق وإعتاق الحربي عبده المسلم يصح بالإجماع وعبده الكافر لا يصح عند الإمام ومحمد إذا لم يخل سبيله، وإن خلى سبيله صح العتق لكنه لم يتم العتق في حق زوال الرق وإن صح في حق إزالة الملك لأن كون الحربي في داره سبب لرقه فإذا أعتق الحربي عبده الكافر في دار الإسلام صح عتقه، وكل معتق جرى عليه الرق بعد العتق انتقض به ولاؤه.

حاملاً من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن موالي الأم أبداً فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الأم فإن أعتق العبد جرّ ولاء ابنه لمواليه عجمي تزوج

حربي أعتق عبداً في دار الحرب ثم خرجا مسلمين للعبد أن يوالي من شاء لأن العتق لم يصح. مسلم مستأمن في دار الحرب أو أسلم هناك أعتق عبداً اشتراه هناك ثم أسلم عبده لم يكن مولاه قياساً وله أن يوالي من شاء عندهما. وقال أبو يوسف: أجعله مولاه استحساناً. حربي اشترى عبداً في دار الإسلام فاعتقه ثم رجع فاسترق فاشتراه العبد فأعتقه فولاء الأول للآخر وولاء الآخر للأول. قال رحمه الله: **(وشرط السائبة لغو)** يعني لو أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه كان الشرط لغواً لكونه مخالفاً لحكم الشرع فيرثه كما في النسب إذا شرط أن لا يرثه.

قال رحمه الله: **(ولو أعتق حاملاً من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن موالي الأم أبداً)** لأن الجنين عتق بعتق أمه وعتق أمه مقصود فكذا هو يعتق مقصوداً لأنه هو جزء الأم والمولى أوقع الإعتاق على جميع أجزائها، وأورد أن هذا مخالف لما ذكر في كتاب الإعتاق فإنهم هناك قالوا: وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها إذ هو متصل بها، فأوردوا أنه يعتق تبعاً لا قصداً وهذا منافٍ لما ذكروه هنا، والأصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق» وإنما يعرف كون الحمل موجوداً عند العتق بأن تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لأنا تيقنا أن الأول كان موجوداً عند العتق فإذا تناول الإعتاق الأول تناول الآخر ضرورة وصار معتقاً لهما، والولاء لا ينتقل من المعتق. وقوله «من زوجها القن» مثال، وكذا لو كان زوجها مكاتباً أو مدبراً. وقوله «من زوجها» صادق بحال قيام النكاح أو بعده وما بعد النكاح لا يتأتى فيه هذا التفصيل فكان عليه أن يقول ولو أعتق حاملاً من زوجها القن حال قيامه وجاءت به لأقل من ستة أشهر. قال رحمه الله: **(فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الأم)** لأن الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية ألا ترى أنه يتبعها في الحرية وغيرها فكذا الولاء عند تعذر جعله تبعاً للأب لرقه. وفي التتارخانية: ولدت فقالت المرأة ولدت بعد عتقي بخمسة أشهر وولاؤه لموالي الأم وقال الزوج بعد عتقك بستة أشهر فولاؤه لموالي فالقول قول الزوج ا هـ. قال رحمه الله: **(فإن أعتق العبد)** وهو الأب **(جرّ ولاء ابنه لمواليه)** لأن موالي الأم لم يعتق الولد ههنا لحدوثه بعد إعتاقها، وإنما نسب إليه تبعاً للإمام لتعذر نسبته إلى الأب فإذا أعتق الأب أمكن نسبته إليه فجعله تبعاً له أولى من جعله تبعاً للأم لأن الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب إلى الآباء فكذا الولاء ينتقل إلى موالي الأب إذا زال المانع كولد الملاعنة يثبت نسبه من قوم الأم، فإذا أكذب نفسه ينتقل إلى الأب لزوال المانع. وفي الكافي: قلتم الولاء كالنسب

معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة والمعتق مقدم على ذوي

والنسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء لا يقبل الفسخ بعد ثبوته قلنا: لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما تقول في الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه كالابن لا تبطل عصوبته ولكن يقدم عليه أورد هل إذا قلتم لم ينفسخ ولكن قدم عليه لزم أن يرث مولى الأم عند انقطاع مولى الأب بعد انتقال الولاء عن مواليها إلى مواليه، ولم ير وعن أحد أنهم يرثون بعد انتقال الولاء عنهم. هذا إذا لم تكن معتدة، فإن كانت معتدة فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولأقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه إلى موالي الأب لأنه كان موجوداً عند إعتاق الأم فصادفه الإعتاق ضرورة فلا ينتقل إلى موالي الأب. وفي التتارخانية: بخلاف ما إذا أعتق الأم حال قيام النكاح ثم جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً وباقي المسألة بحالها كان ولاء الولد لموالي الأم، وكذا إذا كانت عن طلاق رجعي وقد جاءت بالولد لستة أشهر كان ولاء هذا الولد لموالي الأم، وهذا الذي ذكرناه إذا لم تقر بانقضاء العدة ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر بعد الإقرار ولتمام السنتين منذ طلقها فإن ولاء الولد لموالي الأم، وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ طلقها فإن ولاء الولد لمولى الأب. وفي الجامع الصغير: إذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عاقلة لأمهم ولهم، فإن عتق الأب بعد ذلك جر ولاء الأولاد على نفسه ولا يرجعون على عاقلة الأب بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الأب. والفرق أن النسب من وقت العلوق لا من وقت الإكذاب وبالإكذاب تبين أن عقله كان على قوم الأب وقد أجبر قوم الأم على الدفع فيرجعون عليهم. وفي المولى حين عقل قوم الأم كان ثابتاً لهم وإنما ثبت لقوم الأب مقصوراً على زمان الإعتاق فلا يرجعون به. قال أسلمت كافرة على يد رجل فأعتقت عبداً فارتدت ولحقت بدار الحرب فسبي أبوها فاشتراه رجل فأعتقه لم يجر ولاؤه ولاءها لأنها بمنزلة الميت، ولو لم ترتد والمسألة بحالة فولاء المرأة لمعتق العبد. رجل مسلم أعتق مسلماً فرجعا عن الإسلام فامتنعوا فأسلم العبد دون المولى فولاء العبد لمولاه على حاله وإن كان له عشرة من المسلمين فعقله عليهم وميراثه لهم وإن لم يكن فميراثه لبيت المال وعقله عليه، وقيل عقله على نفسه.

قال رحمه الله: (**عجمي تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة**) يعني وإن كان للأب ولاء الموالاة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: حكم الأب حكم أبيه في الوجهين. وقوله «عجمي» مثال بالنسبة إلى المولى. وفي المحيط: معتقة تزوجت برجل فلا يخلو من خمسة أوجه: إما أن يكون عبداً أو مكاتباً أو معتقاً أو مولياً لموالاة أو عربياً أو عجمياً. فإن كان عبداً أو مكاتباً فولاء ولدها لمولى الأم لأنه تعذر إثبات الولاء من الأب لفقد الأهلية وألحق ولاؤه بالأم كنسب ولد الملاعنة، وإن أعتق الأب جر

الأرحام ومؤخر عن العصبة النسبية فإن مات المولى ثم المعتق فميراثه لأقرب عصبة

ولاء ولده إلى مواليه لأنه صار أهلاً للولاء وزال المانع، وإن كان معتقاً فولاء الولد لمولى الأب لأنه استوى الجانبان وترجح جانب الأبوة. وإن كان مولى الموالاة فولدت منه فهو مولى لموالي الأم عندهما. وقال أبو يوسف: الولد مولى لموالي الأب. لهما أن ولاء العتق أقوى من موالي الموالاة لأن ولاء العتق لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فرجح الآكد الأقوى على الأضعف، وإن كان أعجمياً وهي مسألة المتن قال إن كان العجمي له أب في الإسلام فعند أبي يوسف ولاء الولد لموالي الأب. واختلف المشايخ على قولهما قيل ولاؤه لموالي الأب عندهم جميعاً. وقيل لمولى الأم وهو الأصح ولا يجر الجد الولاء ا هـ. قيد بكونها معتقة لأن العجمي لو تزوج بعربية فولدت له ولداً فإنه ينسب إلى قوم أبيه دون أمه. وقيدنا بكون الزوج عجمي فإن العربي إذا تزوج معتقة فإن ولده منها ينسب إلى قومه دونها. وقيد القدوري بمعتقة العرب وأطلق المصنف وهو الصواب لأن ولاء العتق قوي معتبر شرعاً فلا يختلف بين أن يكون من العرب أو من العجم. ولو كانا معتقين أو عجميين أو عربيين فالولد تابعاً للأب بالإجماع. وثمرة الخلاف على ما ذكر المصنف تظهر فيما إذا مات الولد وترك عمته أو غيرها من ذوي الأرحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبتها عندهما، وعند أبي يوسف يكون لذوي الأرحام لأن حكمه حكم أبيه. وفي شرح الطحاوي: امرأة من بني همدان تزوجت برجل من بني أسد فولد منها فأعتقت عبداً فالولاء يثبت منها وولدها يكون تبعاً للأب من بني أسد، فإذا ماتت ثم مات فميراثه لابن المعتقة وهو من بني أسد، وإن جنى جناية تكون على عاقلتها من بني همدان فالميراث لبني أسد والعقل على بني همدان، ويجوز مثل هذا أن يكون الضمان على الغير والميراث للغير ألا ترى أن رجلين مثل الخال وابن العم فنفقته على الخال وميراثه لابن العم ا هـ. وإذا علم أن العجمي الذي له أب في الإسلام ولاؤه لموالي الأم علم بطريق الأولى إذا لم يكن له أب بالأولى. قال رحمه الله: **(والمعتق مقدم على ذوي الأرحام ومؤخر عن العصبة النسبية)** وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه أخذ علماء الأمصار، وكان ابن مسعود يقول بأنه مؤخر عن ذوي الأرحام بقوله تعالى ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] وقال عليه الصلاة والسلام للمعتق في معتقه «وإن مات ولم يدع وارثاً كنت أنت عصبته» ولنا ما روينا من حديث حمزة أنه جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها فعلم بقوله عليه الصلاة والسلام «ولم يدع وارثاً» يعني وارثاً هو عصبته. وفي المحيط: أقام مسلم بينة عادلة أنه أعتقه وأنه مات مسلماً لا وارث له غيره فأقام الذمي شاهدين مسلمين أنه أعتقه وأنه مات كافراً لا وارث له غيره فللمسلم نصف الميراث ونصف الميراث لأقرب الناس من المسلمين إلى الذمي لاستوائهما في الحجة، ولو شهدا أن الميت مولى

المولى وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من

فلان عتاقة لم يجز القضاء حتى يقولوا إن هذا الحي أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه لا يعلم له وارثاً غيره. مات رجل وأخذ آخر ماله وادعى أنه وارثه لم يؤخذ منه المال لأنه يده ثابتة على المال، فإن خاصمه انسان طلب منه البينة لأنه يدعي استحقاق ما في يده. ادعى أن أباه أعتقه فشهد ابنا أخيه لم تقبل لأنها شهادة للجد. ادعى رجلان ولاءه بالعتق فأقاما البينة جعل الميراث بينهما لاستوائهما في الحجة، ولو قضى القاضي لأحدهما بالولاء والإرث ثم شهد آخران لآخر بمثله لا تقبل إلا أن يشهدا أنه اشتراه من الأول قبل أن يعتقه فيبطل القضاء للأول. أقام أحدهما البينة على ولاء العتاقة والآخر على أنه حر الأصل أسلم على يده ووالاه والغلام يدعيه فهو أولى. ادعى رجل أن أباه أعتق فلاناً الميت وآخر أن أباه أعتقه وأقرت بينة الميت به فالإقرار باطل والشهادة جائزة، ولو شهد للآخر ابن وبنتان فالولاء بينهما. ادعى آخر أنه أعتق الميت وأقام البينة من في يده المال البينة على مثل ذلك فالمال والولاء بينهما.

قال رحمه الله: **(فإن مات المولى ثم المعتق فميراثه لأقرب عصبة المولى)** لأن الولاء يجر الإرث وإنما يثبت للعصبة بطريق الخلافة فيقدم الأقرب فالأقرب حتى لو ترك أباً مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن، ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لأنه أقرب في العصبة. وفي الأول خلاف أبي يوسف فإنه يعطي الأب السدس والباقي للابن، والثاني خلاف من يرى توريث الإخوة مع الجد، وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لأنه من قوم أبيها لما روي أن علي بن أبي طالب والزبير بن العوام اختصما إلى عثمان في معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال علي: مولى عمتي فأنا أحق بإرثه لأني أعقل عنها. وقال الزبير: هو مولى أمي فأنا أرثها فكذا أرث معتقها. فقضى عثمان بالإرث للزبير وبالعقل على علي. ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود أنهم قالوا: الولاء للكبير أي لا كبر الأولاد. والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً. ولو مات المعتق ولم يترك إلا ابنة المعتق فلا شيء لبنت المعتق في ظاهر الرواية عن أصحابنا ويوضع ماله في بيت المال، وبعض المشايخ كانوا يفتون بالدفع إليها بطريق الإرث بل لأنها أقرب الناس إلى الميت، وليس في زماننا بيت مال منتظم. ولو دفع إلى السلطان أو القاضي لا يصرفه إلى المستحق ظاهراً، وكذا ما فضل عن فرض الزوجين يرد عليهما، وكذا ولد الابن والبنت من الرضاع يصرف إليهما إذا لم يكن هناك أقرب منهما؛ ذكر هذه المسائل في النهاية. والذميون يتوارثون كالمسلمين لأنه أحد أسباب الإرث. وفي المحيط: مات المعتق عن ابنين فمات أحدهما عن ابن والآخر عن ابنين ثم مات المعتق فالميراث على عدد رؤوسهم لأنهم سواء في كونهم عصبة الميت، ولو أعتقت المرأة ثم ماتت عن زوج عبد وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتقة لأنه عصبتها لا غير،

كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن.

فصل

....

أعتق أمه ومات عن ابن والابن عن أخ لأمه ثم ماتت المعتقة فالميراث للعصبة ولا شيء للأخ لأنه ليس بعصبة أخرى. وفيه أيضاً: ارتد ولحق بدار الحرب وله معتق فمات المعتق ورثه الرجال من ورثته اهـ. قال رحمه الله: (**وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن**) لقوله ﷺ «ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن»[١] الحديث يعني المرأة تساوي الرجل في ولاء العتاقة النسبية بسبب إثبات القوة الحكمية للمعتق وهي تساوي الرجل فيه كما أنها تساويه في ملك المال فينسب إليها كما ينسب إلى الرجل، ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل. وفي الذخيرة: ولو أن امرأة اشترت أباها حتى عتق عليها ثم مات الأب عن هذه الابنة وبنت أخرى فالثلثان لهما بحكم الفرض والباقي للمشترية بحكم الولاء، ولو كان الأب بعدما عتق على بنتيه أعتق عبداً ثم مات الأب ثم مات معتق الأب وبقيت الابنة المشتراة كان الميراث للمشتراة ويرث ابن المعتق من ولد المعتق اهـ. والله تعالى أعلم.

فصل

قال في الهداية في ولاء الموالاة: أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة أقوى لأنه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الأحوال بخلاف ولاء الموالاة فإنه للمولى أن ينتقل قبل العقد ولأنه يوجد في ولاء العتاقة الإحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة الإحياء أصلاً، ولأن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للإرث ولأنه مقدم على ذوي الأرحام. والكلام فيه من وجوه: الأول في دليله، والثاني في ركنه، والثالث في تفسيره لغة وشرعاً، والرابع في شرطه، والخامس في حكمه. أما دليله فلقوله عليه الصلاة والسلام لمن سأله عمن أسلم على يد رجل فقال: هو أحق الناس بمحياه ومماته أي بميراثه. وحديث تميم الداري أن رجلاً أسلم على يد رجل ووالاه فقال عليه الصلاة والسلام: هو أخوك ومولاك تعقل عنه وترث منه. وأما ركنه فقوله أنت مولاي على كذا. وأما الولاء لغة فهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة، وأما تفسيره شرعاً على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده واليتك على أني إن مت فميراثي لك وإن جنيت فعقلي عليك وعلى

---

(١) رواه الدارمي في كتاب الفرائض باب ٥٢.

أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه صح وعقله على مولاه وارثه له وإن لم يكن له وارث وهو آخر ذوي الأرحام وله أن يتحول

عاقلتك وقبل الآخر هذا. قال في العناية والنهاية: وأما شرطه فله ثلاث شرائط: أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى شخص بل ينسب إلى غيره، وأما نسبة غيره إليه فغير مانعة. والثاني أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء الموالاة مع أحد وقد عقل عنه. والثالث أن لا يكون عربياً اهـ. وفي الكافي: إنما تصح ولاية الموالاة بشرائط منها: أن يشترط الإرث والعقل. قال في العناية: فإن قيل من شرط العقل عقل الأعلى أو حريته فإن موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثة؟ وأجيب بأن المذكور إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من الصور، وأما ما ذكرت فإنه نادر فلم يذكره. وفي الشارح: ولو ذكر الإرث من الجانبين كان كذلك لأنه يمكن أن يتوارثا بخلاف ولاء العتاقة بحيث لا يرث إلا الأعلى ويدخل فيه الأولاد الصغار ومن يولد بعد عتق الموالاة. وفي البدائع: ومن شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين وحرية الأسفل أيضاً اهـ. وفي المبسوط: وإذا عقد العقد العبد عقد الموالاة بإذن مولاه كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى اهـ. وأما حكمه شرعاً فالإرث والعقل عنه. واعترض بأن الإرث والعقل شرط الصحة العقد فكيف يكون حكماً والشرط متقدم والحكم متأخر؟ وأجيب بأنه يجوز أن يعتبر له حالتان، فباعتبار التقديم شرطاً وباعتبار التأخير حكماً.

قال رحمه الله: **(أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه صح وعقله على مولاه وارثه له وإن لم يكن له وارث)** وقوله أسلم إلى آخره ظاهره أن حدوث الإسلام لا بد منه وأن الإسلام أيضاً لا بد منه لأنه موالاة مجهول الحال ولو لم يعلم حدوث إسلامه صحيحة، ويصح موالاة الذمي للمسلم فلو قال غير عربي إلى آخره لكان أولى ليشمل المسلم والذمي ومن أحدث الإسلام وغيره. فإن قلت: قال في المحيط ذمي من نصارى العرب ليس له أن يوالي غير قبيلته اهـ. فهذا يدل على أن غير المجهول يصح معه عقد الموالاة قلنا: لا يقبل ذلك لأنه إنما قال ذلك لأن عقد الموالاة ثابت له مع قبيلته فأغناه عنها مع الغير ولو عقد مع قبيلته كان فيه تحصيل الحاصل وهو محال. وقال مالك والشافعي: لا اعتبار بهذا أصلاً وقد بين الدليل من الجانبين في المطولات. واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد: إذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وهذا يدل على أن اشتراط الإرث والعقل ليس بشرط بل مجرد العقل كافٍ. وأجيب بأن عدم وقوع التصريح بذكرهما بناء على ظهورهما فضمن عقد الموالاة ذلك ولو لم يذكر. وفي المحيط: أسلمت ذمية فوالت رجلاً ولها ولد صغير من ذمي لم يكن ولاء ولدها لمولاها

. . . .

في قولهما، وفي قياس قول الإمام يكون له. أسلم رجل على أن يكون ولاؤه لأول ولد له لا يجوز لأن عقد الموالاة لا يجوز تعليقه بالإخطار، فلو قال إن واليتك إن فعلت كذا لم يصح، وإن كان لمن عقد عقد الموالاة ولد كبير فإذا أسلم ابنه الكبير على يد رجل ووالاه فولاؤه له لأنه أولى بنفسه لانقطاع ولاية الأب، وإن أسلم ولم يوال أحداً فولاؤه موقوف بخلاف ولاء العتاقة فإن الولد الكبير يتبع الأب في ولاء العتاقة لأن الكبير يستنصر من يوالي أبيه. رجل والى رجلاً ثم ولد له من امرأته ولد فوالت رجلاً فولاء الولد لمولى الأب، وإذا والى رجلاً وابنه الكبير رجلاً كان كل واحد لمولاه ولا يجر بعضهم بعضاً، فإن سبي ابنه وأعتق لم يجر ولاء أبيه، فإن سبي أبوه وأعتق جر ولاء الابن لأن الابن بنسب إلى الأب فكذا في الموالاة. فإن كان له ابن ابن والابن لم يسب لكن أسلم فوالاه رجل فسبي الجد فأعتق لم يجر الجد ولاءه إلا أن يجر ولاء ابنه فيتجر حتى لو كان الأسفل موالياً حربياً والجد معتق لا يجر إلا أن يسلم الأوسط فيجره الجد فينجر بجره. أسلم الحربي ولم يوال أحداً ثم أعتق أبوه جر ولاءه، ولو أسلم أبوه ووالى رجلاً لم يجر. والي ذمي مسلماً أو ذمياً جاز وهو مولاه لأنه يجوز أن يكون للذمي على المسلم ولاء العتاقة فكذا ولاء الموالاة. فإن قلت: قال في المحيط ذمي والى مسلماً فمات لم يرثه لأن الإرث باعتبار التناصر والتناصر في غير القرب إنما هو بالدين، فهذا يفيد أن الموالاة لا تكون بين المسلم والذمي. قلنا: هي تكون بينهما لكن الإرث إنما يكون حيث لا مانع وحينئذ المانع هنا وهو اختلاف الدين. وإن أسلم على يد حربي ووالاء لم يذكره في الكتاب، واختلفوا فيما إذا أعتق الحربي عبده المسلم؛ قيل يصح لأنه يجوز أن يكون للحربي على المسلم ولاء العتاقة فكذا ولاء الموالاة، وقيل لا يصح لأنه عقد المولاة مع الحربي للتناصر وقد نهينا عن ذلك بخلاف الذمي اهـ. وفي المبسوط: رجل اشترى من رجل عبداً ثم شهد أن البائع كان أعتقه فهو حر وولاؤه موقوف إذا جحد البائع ذلك فإن صدقه البائع بعد ذلك ظهر أنه المولى، وكذا إن صدقه الورثة بعد موته. وفي التتارخانية: رجل من أهل الذمة أعتق عبداً فنقض الذمي العهد ولحق بدار الحرب فأخذ واسترق فصار عبداً لرجل وأراد معتقه أن يوالي رجلاً لم يكن له ذلك لأن مولى العتاقة لا يملك أن يوالي أحداً، فإن أعتق مولاه يوماً من الدهر فإنه يرثه، وإن جنى جناية عقل عن نفسه ولا يعقل عنه مولاه؛ هكذا ذكر في عامة الروايات. وفي بعضها قال: يرثه ويعقل عنه. وإذا أقر الرجل بالولاء لآخر وصدقه يصير مولى له يعقل عنه ويرثه، فإن كان له أولاد كبار فكذبوا الأب فيما أقر وقالوا أبونا مولى لفلان آخر وصدقهم فلان في ذلك فهم مصدقون في حق أنفسهم، وإن قال أعتقني فلان أو فلان وكل منهما يدعي أنه المعتق لا يلزم العبد شيء، وإن أقر بعد ذلك لأحدهما بعينه أو لغيرهما يجوز إقراره على قولهما، وعلى قول الإمام لا يجوز. إذا أقر الرجل أنه مولى امرأة أعتقته فقالت المرأة لم أعتقك ليكن أسلمت على

منه إلى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه وليس للمعتق أن يوالي أحداً ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه.

يدي وواليتني فهو مولاها، فإذا أراد التحول عنها إلى غيرها ففي قياس قول الإمام ليس له ذلك، وفي قولهما له ذلك. أقر أن فلاناً أعتقه وأنكر فلان وقال ما أعتقتك ولا أعرفك فأقر المقر لأنسان آخر لا يصح إقراره عند الإمام، وعندهما يصح. وفي المحيط: ولا يجوز بيع ولاء الموالاة ولا ولاء العتق لأنه ليس بمال.

قال رحمه الله: **(وهو آخر ذوي الأرحام)** إذا لم يكن له وارث غير ذوي الأرحام فإرثه له وفي المحيط: ولو ادعى رجل ولاء الموالاة وأقام البينة وادعى آخر مثل ذلك وأقام البينة فالمتأخر أولى لأنه يحتمل الفسخ بخلاف ولاء العتاقة اهـ. قال رحمه الله: **(وله أن يتحول منه إلى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه)** لأن العقد غير لازم كالوصية والوكالة ولكل واحد منهما أن يفسخه بعلم الآخر، فإن كان الآخر غائباً لا يملك فسخه وإن كان غير لازم لأن العقد تم لهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر لأنه ربما يموت الأسفل فيأخذ الأعلى ميراثه فيكون مضموناً عليه، أو يعقل الأسفل عبيداً على حسبان أن عقل عبيده على المولى الأعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ إلا بمحضر من الآخر بخلاف ما إذا عقد الأسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الأول حتى يصح وينفسخ العقد الأول لأنه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة لأن الموالاة كالنسب إذا ثبت من شخص كونه مع غيره فينفسخ ضرورة، والمرأة في هذا كالرجل. وقوله «ما لم يعقل عنه» لأنه إذا عقل عنه ليس له أن يتحول إلى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به لحصول المعقود به ولاتصال العصوبة ولأن ولاية التحول قبل أن **يعقل** عنه باعتبار أنه عقد تبرع، فإذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة، وكذا لا يتحول ولده بعد ما تحمل الجناية عن أبيه، وكذا إن عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول إلى غيره لأنهما كشخص واحد في حكم الولاء. قال رحمه الله: **(وليس للمعتق أن يوالي أحداً)** لأن ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لأنه لا ينقل لأن الإرث بولاء العتاقة مقدم على الإرث بولاء الموالاة، ألا ترى أن شخصاً لو مات وترك مولى عتقه ومولى موالاته كان المال للمعتق. قال في المبسوط: ولو مات الأعلى ثم مات الأسفل فإنما يرثه المذكور من أولاد الأعلى دون الإناث على نحو ما بينا في ولاء العتاقة. قال رحمه الله: **(ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه)** يعني ولدت ولداً لا يعرف له أب وكذا لو أقرت أنها مولاة فلان ومعها ولد صغير لا يعرف له أب صح إقرارها على نفسها ويتبعها ولدها فيه، وهذا عند الإمام. وقالا: لا يتبعها ولدها فيه في الصورتين وقد تقدم بيان ذلك. (فروع) عبد لحربي خرج مستأمناً في تجارة لمولاه

....

فأسلم يبيعه الإمام ويمسك ثمنه على مولاه، وكذا لو أسلم العبد في دار الحرب وخرج تاجراً لمولاه لأنه لم يعتق عليه لما خرج بإذن المولى، وإن خرج مراغماً فهو حر ويوالي من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال اهـ. والله أعلم بالصواب.

كتاب الإكراه

كتاب الإكراه

أورد الإكراه عقيب ولاء الموالاة لأن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحزمة إلى الحل، إن ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله بالإرث، فكذا الإكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة إلى حلها؛ كذا في عامة المواضع. والكلام فيه في مواضع: الأول في معناه لغة، والثاني عند الفقهاء، والثالث في ركنه، والرابع في دليله، والخامس في شرطه، والسادس في حكمه. فهو في اللغة عبارة عن حمل إنسان على شيء يكره يقال أكرهت فلاناً إكراهاً أي حملته على أمر يكرهه. وهو عند الفقهاء ما سيأتي. وركنه اللفظ الذي يفيده ودليله من الكتاب قوله تعالى ﴿إلا من أكره﴾ [النحل: ١٠٦] الآية. ومن السنة ما ورد أن صفوان الطائي كان نائماً مع امرأته وأخذت المرأة سكيناً وجلست على صدره وقالت لأذبحنك أو تطلقني فناشدها بالله فأبت فطلقها ثلاثاً فبلغ ذلك إلى النبي ﷺ فقال: لا إقالة في الطلاق. وشرطه سيأتي في الكتاب. وحكمه إذا حصل به إتلاف أن ينتقل إلى المكره فيما يصلح أن يكون آلة للمكره ويجعل كأنه فعله بنفسه كما سيجيء. والإكراه نوعان: ملجئ وغير ملجئ. فالملجئ هو الكامل بما يخاف على نفسه أو عضوه فإنه يعدم الرضا ويوجب الإلجاء ويفسد الاختيار. وغير الملجئ هو القاصر وهو أن يكره بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالإكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فإنه يعدم الرضا ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار، وهذا النوع من الإكراه لا يؤثر إلا في تصرف يحتاج فيه إلى الرضا كالبيع والإجارة والإقرار، والأول يؤثر في الكل فيضاف فعله إلى المكره فيصير كأنه فعله، والمكره آلة له فيكون فعله بنفسه من غير إكراه أحد، وذلك مثل الأقوال والأكل لأن الإنسان لا يأكل بفم غيره ولا يتكلم بلسان غيره فلا يضاف إلى غير المتكلم، والأكل إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث إنه إتلاف بصلاحيته

هو فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به الرضا وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطاناً كان أو لصاً أو خوف المكره وقوع ما هدد به فلو أكره على بيع أو شراء أو

آلة له فيه حتى إذا أكثره على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره ويكون الولاء له ويضاف إلى المكره من حيث الإتلاف فيرجع إليه بقيمته. ثم اعلم أن الإكراه لا ينافي أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لأن المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب، والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر وإباحة ورخصة، ويأثم تارة ويؤجر أخرى، فيحرم عليه قتل النفس وقطع الطرق والزنا، ويفترض عليه أن يمنع من ذلك ويثاب عليه إن امتنع، ويباح له بالإكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له بإجراء كلمة الكفر وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم والجناية على الإحرام، وهذا دليل على أنه مخاطب.

قال رحمه الله: **(هو فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به الرضا)** زاد في المبسوط: أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب. وذكر في الإيضاح أن الإكراه فعل يوجد من المكره يحدث في المحل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه. وذكر في الوافي أنه عبارة عن تهديد غيره على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا. وقوله «فيزول به الرضا» أعم مع كونه مع فساد اختياره أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الإكراه. ثم إن الشائع في عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان. وذكر فخر الإسلام البزدوي فقال: الإكراه ثلاثة أنواع: نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ. وهو نوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهدد بحبس أبيه أو ابنه وولده، وهذا النوع الثالث أخرجه المؤلف. وذكر شيخ الإسلام في المبسوط أن القسم الثالث غير داخل في هذا المعنى شرعاً لعدم ترتب أحكام الإكراه عليه شرعاً. وذكر غيره أن القسم الثالث داخل في معنى الإكراه لغة. وأطلق في الإنسان فشمل الصبي والجنون والمعتوه؛ كذا في قاضيخان. وقال فيه أيضاً: ولو أكره الصبي أو المجنون أو المعتوه رجلاً على قتل آخر فقتله فالدية على عاقلة الصبي والمجنون والمعتوه في ثلاث سنين. قال رحمه الله: **(وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطاناً كان أو لصاً أو خوف المكره وقوع ما هدد به)** يعني شرط الإكراه الذي هو فعل كما تقدم لأن الإكراه اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء الأهلية، ولا يتحقق ذلك إلا من القادر عند خوف المكره لأنه يصير به ملجأ، وبدون ذلك لا يصير ملجأ، وما روي عن الإمام أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان فذلك محمول على ما شهد في زمانه من أن القدرة والمنعة منحصرة في السلطان وفي زمانهما كان لكل مفسد له قوة ومنعة لفساد الزمان فأفتيا على ما شهدا وبه يفتي لأنه ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة. وفي المحيط: وصفة المكره وهو أن يغلب على ظنه أنه يوقع ذلك به لو لم يفعل

إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضي البيع أو يفسخ ويثبت به الملك عند القبض للفساد وقبض الثمن طوعاً إجازة كالتسليم طائعاً وإن هلك

ولو شك أنه لا يفعل ما توعد به لم يكن مكرهاً لأن غلبة الظن معتبرة عند فقد الأدلة اهـ. لا يقال الشرطية تنافي كون ذلك وصفاً لأنا نقول: لا منافاة لأن الشرطية باعتبار الحاصل من الفاعل والوصف باعتبار الفاعل. وفي الخانية إذا غاب المكره عن بصر المكره يزول الإكراه ونفس الأمر من السلطان من غير تهديد إكراه: . وعندهما إن كان المأمور يعلم أنه لو لم يفعل ما أمر به يفعل فيه كذا كان إكراهاً. وفي العتابية: وإذا أخذه واحد في الطريق لا يقدر فيه على غوث يكون إكراهاً اهـ. قال رحمه الله: **(فلو أكره على بيع أو شراء أو إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضي البيع أو يفسخ)** ولما كان الإكراه تارة يقع في حقوق العباد وأخرى في حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم لحاجة العبد إليه قدمه. ولما كان الإكراه على نوعين ملجئ وغير ملجئ وكل منهما يفسد الرضا الذي هو شرط الصحة لهذه العقود فكذا ذكر القتل والضرب، ولما كان لا فرق بين أن يكره على بيع هذا أو بيع ولم يعين جاء بالعبارة منكرة. قيد بضرب شديد وحبس مديد لأنه لو قال أضربك سوطاً أو سوطين أو أحبسك يوماً أو يومين فإنه لا يكون إكراهاً. قال في المحيط: إلا إذا قال له لأضربنك على رأسك أو عينك أو مذاكرك فإنه يكون إكراهاً لأن مثل هذا إذا حصل في هذه الأعضاء قد يفضي إلى التلف. وفي المحيط قال مشايخنا: إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بضرب سوط أو حبس يوم فإنه يكون إكراهاً وقد يكون فيه ما يكون في الحبس من الإكراه لما يجيء به من الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد به الألم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد، ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضرب سوط أو بفرك أذنه لا سيما في ملأ من الناس أو بحضرة السلطان. وفي الخانية: ولو أكره على بيع جارية ولم يعين فباع من إنسان كان فاسداً، والإكراه بحبس الوالدين والأولاد لا يعد إكراهاً لأنه ليس بإكراه ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه. وفي المحيط ولو أكره بحبس ابنه أو عبده على أن يبيع عبده أو يهبه ففعل فهو إكراه استحساناً، وكذا في الإقرار. ووجهه أن الإنسان يتضرر بحبس ابنه أو عبده ألا ترى أنه لا يؤثر حبس نفسه على حبس ولده. فإن قلت بهذا نفى الأول قلنا: لا فرق بين الوالدين والولد في وجه الاستحسان وهو المعتمد كما لا فرق بينهما في وجه القياس. وقوله «خير بين أن يمضي أو يفسخ» تقديره وإذا زال الإكراه إلى آخره دفعاً للضرر عن نفسه.

قال رحمه الله: **(ويثبت به الملك عند القبض للفساد)** يعني يثبت بالشراء الملك للمشتري لكونه كسائر البياعات الفاسدة. وظاهر عبارة المصنف فساد البيع مطلقاً والذي يظهر أن البيع

المبيع في يد المشتري وهو غيره مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع وللمكره أن

إنما يكون فاسداً إذا قال المكره تلفظت بالبيع طبق ما أردت فإذا قال أردت الإخبار به كاذباً أو قال أردت إنشاء البيع فهو بيع صحيح لا خيار فيه ولا فساد أخذاً من التفصيل في حالة العتق. وقال زفر: لا يثبت به الملك لأنه موقوف. ولنا أن ركن البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافاً إلى محله فيكون مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفاً لا يحتمل النقض كالإعتاق والتدبير جاز تصرفه، وإنما لا تفسد بالإجازة لأن المفسد يرتفع بها وهو عدم الرضا فصار كسائر البياعات لفساده. وفي المحيط: لو أكره على البيع بألف فباع بخمسمائة لم يجز، وإن باع بأكثر من الألف جاز لأن في الأول خالف مقصود المكره لأن مقصود المكره لحاق الضرر بالمكره والبيع بخمسمائة أضربه من البيع بألف فكان الإكراه على البيع بألف إكراهاً له على الأقل وفي الثاني خالف إلى غير رأي المكره لأنه اكتسب نفعاً لنفسه. ولو باع بدنانير قيمتها ألف لم يجز لأن الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد في التجارات عرضاً ومقصوداً، ولو باعه بعرض أو بمكيل أو موزون بأقل من قيمته جاز لأنه غير جنس ما أكره عليه أو أكره على بيع جائز فباع فاسداً لم يجز، فإذا هلك إن شاء ضمن المشتري أو المكره وعلى عكسه يكون رضا بالبيع. والفرق أن المكره على البيع الفاسد متى باع جائزاً فقد أتى بغير ما أكره عليه لأن الجائز ضد الفاسد ويفيد من الأحكام ما لا يفيده الفاسد، والمكره على البيع الجائز متى باع فاسداً فقد أتى بما هو أنقص لأن الفاسد أنقص من الجائز، ولو أكره على البيع فوهب جاز لأنه غير جنس ما أكره عليه اهـ. قال رحمه الله: **(وقبض الثمن طوعاً إجازة كالتسليم طائعاً)** لأنهما دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما إذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون إجازة ولو سلم طائعاً لأن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد، والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس العقد فلا يكون الإكراه به إكراهاً على التسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الإجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق، فالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الإكراه بها إكراهاً بالتسلم نظراً إلى مقصود المكره ويعتبر ذلك في أصل الوضع لأن البيع وضع لإفادة الملك في الأصل وإن كان في الإكراه لا يفيد لكونه فاسداً والهبة لا تفيد الملك قبل القبض بأصل الوضع وتفيده بعدها، سواء كانت صحيحة أو فاسدة، فينصرف الإكراه في كل واحد منهما إلى ما يستحقه منه في أصل وضعه، وإن قبض مكرهاً فليس ذلك بإجازة وعليه رد الثمن إذا كان قائماً في يده لفساد العقد، وإن كان هالكاً لا يأخذ منه شيئاً لأن الثمن كان أمانة في يد المكره لأنه أخذه بإذن المشتري لا على سبيل التمليك فلا يجب الضمان. وفي المحيط: ومن هو مكره من المتعاقدين أو مشروط له شرط فاسد فله أن ينقض العقد من غير رضا صاحبه، ومن ليس بمكره ولا مشروط له شرط فاسد فليس له نقضه إلا بالقضاء أو الرضا حتى لو

يضمن المكره وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر يحبس أو ضرب أو قيد لم

أجاز الآخر العقد فنقض القاضي نفذ وألزم، وإن كان كلاهما مكرهاً أو مشروطاً له شرطاً فاسداً فلكل واحد منهما نقضه من غير قضاء ولا رضا لأنه قبل القبض لا يفيد شيئاً. ولو باع المشتري المكره من آخر باعه الثاني من آخر حتى تداولته الأيدي فله أن يفسخ العقود كلها وأي عقد جاز جازت العقود كلها إلا أنه لما أجاز بعض العقود فقد زال الإكراه وصار طائعاً راضياً فجاز العقد الأول فجازت العقود ويأخذ هو الثمن من المشتري الأول ولو لم يجز لكن ضمن، فإن ضمن الأول نفذ الكل بتضمينه، وإن ضمن غيره جازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله. والفرق بين الإجازة والتضمين أن البيع كان موجوداً والمانع من النفوذ حقه وقد زال بالإجازة، وأما إذا ضمن لم يكن مسقطاً حقه بخلاف ما إذا أجاز أحد بيوع الفضولي حيث لا يجوز إلا الذي أجازه المالك ولا يجوز ما قبله وما بعده لأن كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد الملك فعند الإجازة يملكه من أجيز شراؤه وتبطل البقية، فإن أعتق المشتري الثاني فللمكره أن يضمن أي الثلاث شاء لأن كل واحد منهم أحدث سبب الضمان بإزالة يده عن ملكه والمشتريان قبض كل واحد منهما ماله بغير إذنه. وفي الخانية: لو أعتق المشتري الآخر قبل إجازة البيع جاز العتق على الذي أعتقه، فإن أجاز البائع البيع الأول بعد ذلك لا يصح إجازته. وفي الخانية: لو أعتق المشتري الأخير أو كان له الخيار إن شاء ضمن المشتري الأول وإن شاء ضمن غيره، فإن ضمن المشتري الأول جازت البياعات كلها، وإن ضمن غيرها يجوز كل بيع بعده ويبطل كل بيع كان قبله اهـ. وفي قاضيخان: ولو كان البائع مكرهاً والمشتري غير مكره فقال المشتري بعد القبض نقضت البيع لا يصح، ولو قال قبل القبض صح نقضه، ولو كان المشتري مكرهاً والبائع غير مكره فلكل واحد منهما النقض قبل القبض وبعد القبض يكون للمشتري دون البائع.

قال رحمه الله: **(وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غيره مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع)** لأنه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضموناً عليه بالقيمة. قيد بقوله «والمشتري غير مكره» قال قاضيخان: ولو كان المشتري مكرهاً دون البائع فهلك المشتري عنده من غير تعد منه يهلك أمانة اهـ. ولو قال ضمن بدله كان أولى لأنه يشمل المثلي والقيمي. قال رحمه الله: **(وللمكره أن يضمن المكره)** لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف وإن لم يكن له آلة في حق المتكلم لعدم الصلاحية لأن التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب، فإن ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لأنه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكاً له من وقت وجود السبب بالاستناد، ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره لأنه ملكه بالشراء والقبض غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره من الفسخ فإذا ضمنه قيمته

يحل وحل بقتل وقطع وأثم بصيره وعلى الكفر وإتلاف مال المسلم بقتل وقطع لا

نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة. قال رحمه الله: **(وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع)** يعني لو أكره على هذه الأشياء بما لا يخاف على نفسه أو عضوه كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لأن حرمة هذه الأشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقات على أصل الحل لقوله تعالى ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾ [الأنعام: ١١٩] فاستثنى حالة الاضطرار لأنه فيها مباح والاضطرار يحصل بالإكراه الملجئ وهو أن يخاف على نفسه أو عضوه ولا يحصل ذلك بالضرب بالصوت ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك. أقول: في قوله «يباح له ذلك» إشكال قوي فإن المباح ما استوى طرفاه فعله وتركه كما تقرر في علم الأصول، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على عضو كان طرف العقل راجحاً بل فرضاً كما صرح به في لب الأصول من كون ذلك فرضاً فتأمل. فلو قال بغير ما يخاف منه على تلف عضو أو نفسه لم يفترض وإلا افترض إلى آخره لكان أولى. وقدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطاً فإن هدد به وسعه أن يقدم، وإن هدد بدونه لا يسعه لأنه ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير. قلنا: لا وجه للتعزير بالرأي وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يحمل الضرب الشديد، ومنهم من يموت بأدنى منه فلا طريق سوى الرجوع إلى رأي المبتلى، فإن غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل به وسعه وإلا فلا، وإذا قلنا لا يسعه شرب الخمر هل يحد أم لا؟ قال في المحيط: وإذا شرب الخمر لا يحد لأن بأغلظ إلاكراهين تثبت حقيقة إباحة الشرب حالة الضرورة وبأخفهما ثبت شبهة الإباحة والشبهة كافية لدرء الحدود اهـ. وفي المبسوط: الإكراه على المعاصي أنواع: نوع يرخص له فعله ويثاب على تركه، وقسم حرام فعله مأثوم على إتيانه، وقسم يباح فعله ويأثم على تركه. الأول الإكراه على إجراء كلمة الكفر وشتم محمد ﷺ أو على ترك الصلاة أو كل ما ثبت بالكتاب. الثاني كما لو أكره بالقتل على أن يقتل مسلماً أو يقطع عضوه أو يضربه ضرباً يخاف منه التلف أو يشتم مسلماً أو يؤذيه أو على الزنا. والثالث لو أكره على الخمر وما ذكر معه. قال رحمه الله: **(وأثم بصيره)** يعني إذا أكره على ما تقدم بقتل وقطع فلم يفعل حتى قتله أو قطع عضواً منه أثم لأن التناول في هذه الحالة مباح وإتلاف النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم إلا أنه إذا لم يعلم الإباحة في هذه الحالة لا يأثم لأنه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء فلا يأثم كالجهل بالخطاب في دار الحرب أو في أول الإسلام في حق من أسلم فيها. وعن أبي يوسف لا يأثم مطلقاً لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة. قلنا: حالة الاضطرار مستثناة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية. قال في العناية: فإن قيل: إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد، فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه

بغيرهما يرخص ويثاب بالصبر وللمالك أن يضمن لمكره وعلى قتل غيره بقتل لا

والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم وههنا ترتب عليه محرم وههنا ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراماً لأن ما أفضى إلى الحرام حرام اهـ. أقول: والذي يظهر أن الإثم ليس على ترك المباح بل على ترك الفرض كما تقدم تقريره اهـ. قال في المحيط: والأصل أن من ابتلى ببليتين يختار أهونهما وأيسرهما. والمسائل على أربعة أوجه: الأول لو أكره بقتل على أن يقطع يد نفسه فهو في سعة من قطعها لأن القطع أهون من القتل لأن الظاهر أن القطع يقتصر ولا يسري، ولهذا يباح القطع عند الإكراه إذا خاف الهلاك على نفسه. الثاني لو أكره على قتل نفسه لا يباح له. الثالث لو أكره. على إلقاء نفسه في النار أو في الماء أو من سطح إن كان لا يرجو الخلاص والنجاة من ذلك يباح له وإلا فلا، وذكر أن الإحراق بالنار أشد من السيف. والرابع على إكراهه بالقتل بالسياط على قتل نفسه بالسيف يباح له القتل بالسيف لأن القتل بالسياط أشد من القتل بالسيف.

قال رحمه الله: **(وعلى الكفر وإتلاف مال المسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص)** يعني لو أكره على كلمة الكفر وإتلاف مال إنسان بشيء يخاف على نفسه أو على أعضائه كالقتل وقطع الأطراف يرخص له إجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان، ولحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به أنه عليه الصلاة والسلام قال له: كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئناً بالإيمان. قال: فإن عادوا فعد. أي عد إلى الأطمانينة، ولأن بهذا الإظهار أنه لا يفوت حقيقة الإيمان لأن التلفظ في هذه الحالة لا تدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به فرخص له إحياء لنفسه. وفي المحيط وغيره: وهذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يكون قلبه مطمئناً ولم يخطر على باله شيء سوى ما أكره عليه. الثاني أن يخطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب بأن لم يكن كفر قط فيما مضى وقال أردت الخبر عما مضى كاذباً ولم أرد كفراً مستقبلاً فهذا يكفر قضاء ولا يكفر ديانة. الثالث أن يقول لم يخطر ببالي كفر في الماضي وأردت الكفر مستقبلاً فهذا يكفر قضاء وديانة اهـ. وفي المحيط: على هذا التفصيل أنه إذا أكره على أن يصلي للصليب أو يسجد. وفي الظهيرية: لو أكره على أن يسجد للصليب فالمسألة على ثلاثة أوجه: الأول إذا خطر بباله أن يصلي لله تعالى لا للصليب، وفي هذا الوجه لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، سواء كان مستقبل القبلة أو لم يكن مستقبلاً. ، الثاني أن يقول لم أصل لله تعالى وصليت للصليب، وفي هذا يكفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى. الثالث أن يقول لم يخطر ببالي وصليت للصليب مكرهاً في هذا لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى. وفي الأصل: لو أكره على شتم محمد ﷺ فهي على ثلاثة أوجه: الأول أن يقول لم يخطر ببالي شيء وشتم محمداً مكرهاً وفي هذا لا يكفر قضاء ولا ديانة. الثانية أن يقول خطر ببالي رجل من النصارى يقال له محمد فشتمته ولم أشتم

....

الرسول فهذا كالأول. قال الكرخي: أطلق محمد في العبارة وحيث لم يقل من المسلمين لأن شتم النصراني دون المسلم في الحرمة. الثالث أن يقول خطر ببالي رجل من النصارى فيه فتركته وسميت الرسول وفي هذا يكفر قضاء وديانة اهـ. قال رحمه الله: **(ويثاب بالصبر)** أي يكون مأجوراً إن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لأن خبيباً صبر حتى صلب وسماه النبي ﷺ سيد الشهداء وقال: هو رفيقي في الجنة. ولأن الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فإذا بذل نفسه لإعزاز الدين كان شهيداً. ولا يقال الكفر مستثنى في حالة الإكراه فكيف يكون حراماً في تلك الحالة لأنا نقول: الاستثناء راجع إلى العذاب لأن المذكور قبله دون الحرمة بخلاف الخمر وأخواته فإن المذكور فيه الحرمة فينتفي في تلك الحالة وهنا لا تنتفي فتبقى على حالها، ولكن لو ترخص جاز. واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضاً مستثنى قوله ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النحل: ١٠٦] من قوله ﴿من كفر بالله بعد إيمانه﴾ [النحل: ١٠٦] فينبغي أن يكون مباحاً كأكل الميتة وشرب الخمر. وأجيب بأن في الآية تقديماً وتأخيراً أو تقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح وبالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فالله تعالى ما أباح أجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه وإنما دفع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة فجاز أن يكون الغضب منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فلم تثبت إباحة إجراء كلمة الكفر؛ كذا في النهاية وعزاه إلى مبسوط شيخ الإسلام اهـ. قال رحمه الله: **(وللمالك أن يضمن لمكره)** لأنه هو المتلف لماله والمكره آلة له فيما يصلح آلة.

قال رحمه الله: **(وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص)** يعني لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل لإحياء نفسه لأن دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه سواء في ذلك فسقط المكره، ولأن قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالإكراه وهذا لا نزاع فيه. وأطلق في قوله «غيره» فشمل الحر والعبد وعبده وعبد غيره. وفي المحيط: لو أكره بقتله أن يقتل عبده أو يقطع يده لم يسعه ذلك فإن قتل يأثم ويقتل المكره في القتل ويضمن نصف قيمته لأن دمه حرام بأصل الفطرة، ولو أكره بقتل على أن يقتل أباه أو ابنه فقتله لم يحرمه عن الميراث، ولو كان المكره أبا المقتول أو ابنه يحرم عن الميراث لأن المباشر للقتل هو المكره، ولو أكره بقتل على أن يضرب رجلاً بحديدة فضربه وثنى بغير إكراه فمات قتلاً جميعاً لأن إحدى الضربتين بغير إكراه فصارت منقولة إليه والأخرى منقولة إلى المكره، ولو كانت إحدى الضربتين بعصاة غرم عاقلة كل واحد منهما نصف الدية في ثلاث سنين، وإن كان الإكراه بحبس أو قيد فالضمان على الضارب قوداً كان أو دية لأن الإكراه بالحبس لا يعتبر إكراهاً في حق هذه الأحكام. وفيه أيضاً: ولو أكره بقتل على أن يأمل رجلاً بقتل عبده

يرخص وإن قتله إثم ويقتص من المكره فقط وعلى إعتاق وطلاق ففعل وقع ورجع

فقتله عمداً يقتل القاتل لأن الإذن بالقتل لم يصح مع الإكراه ولأنه قول لا يؤثر فيه عدم الرضا فيكون التلف مضافاً إلى القتل دون الإذن بخلاف المأمور بالعتق حيث لا يضمن لأن المأمور لا يملك الإعتاق إلا بالإذن فصار المعتق متلفاً بسبب الإذن فيصير التلف محالاً إلى الإذن. ولو أكره المولى بحبس أو قتل فقتله يضمن قيمته استحساناً ويقتص القاتل قياساً. وجه الاستحسان أن الإذن إذا فسد بالإكراه لفوات الرضا معتبر من وجه وفعل المأذون كفعل الآذن فأورث شبهة فلم يجب القصاص فأوجبنا الدية صوناً لدمه عن الهدر، ولو أكره المولى بقتل على بيع عبده وتسليمه والمشتري بالقتل على الشراء والقبض ثم أكره المشتري من على قتله بقتل فللمولى أن يقتل المكره قياساً لأن المشتري مكره على القتل فصار فعله منقولاً إلى المكره، ويضمن قيمته استحساناً لأن العبد مملوك للمشتري وللبائع فيه حق الاسترداد فكان القصاص للبائع من وجه وللمشتري من وجه فكان المستحق للقصاص مجهولاً فلا يكون لأحدهما حق استيفاء القصاص فأوجبنا القيمة على المكره في ماله للبائع لأن للبائع حق الاسترداد وقد أبطل المشتري هذا الحق عليه بالقتل بغير رضاه، فلو أكره بحبس أو قيد على البيع والقبض والمشتري على الشراء بقتل ثم أكره المشتري على قتله بقتل فقتله يضمن قيمته لمولاه ثم يقتل المكره بالعبد قصاصاً لأن المشتري طائع في القبض مكره في الشراء فملك المشتري العبد بعقد فاسد فكان مضموناً عليه بالقيمة وقتله صار منقولاً إلى المكره فصار المكره قاتلاً عبداً عمداً فيجب القصاص. ولو أكره المشتري على الشراء بحبس وللبائع بقتل ثم أكره المشتري على القتل بقتل فقتله فالولي بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمة عبده، وإن شاء ضمن المشتري لأنه طائع في القبض وقد قتله المكره بقتل المشتري فيجب القصاص اهـ. قوله «بالقتل» يشمل ما إذا صرح بذلك بأن قال إن لم تقتل قتلتك أو دل الحال عليه بأن غلب على ظنه قتله ولم يصرح له بذلك لما في جامع الفتاوى: لو قال له اقتل فلاناً أو غلب على ظنه القتل فقتله هو إكراه فإذا قتله يقتص من المكره. قال رحمه الله: **(وإن قتله إثم)** لأن الحرمة باقية لما ذكرنا وأثم بمباشرته لأن الإثم يكون بذمته والمكره لا يصلح أن يكون آلة له في حقه، وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لأن فيه قتل النفس بالضياع لأنه يجيء منه ولد ليس له أب ولأن فيه إفساد الفراش بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالإكراه الملجئ لأن نسب الولد لا ينقطع فلم يكن في معنى القتل في جانبها بخلاف الرجل ولهذا وجب الإكراه القاصر درء الحد في حقها دون الرجل.

قال رحمه الله: **(ويقتص من المكره فقط)** وهذا قول الإمام ومحمد. وقال زفر: يجب القصاص على المكره دون المكره لأن القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لأنه المباشر ولهذا يتعلق الإثم به، ولأن القتل فعل حسي وهذا لا يجزئ فيه الاستناد لغير الفاعل.

....

وقال الشافعي: يجب القصاص عليهما. وقال أبو يوسف: لا يجب القصاص على واحد منهما. ولهما أنه محمول على القتل بطبعة إيثار الحياة نفسه فيصير آلة لنفسه للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الإتلاف فيقتص منه بخلاف الإثم لأنه باعتبار الجناية على دينه وهو لا يصلح أن يكون آلة له فيه فيأثم المكره. قال في النهاية: سواء كان الآمر بالغاً عاقلاً أو معتوهاً أو مجنوناً أو صبياً فالقود عليه وعزاه إلى المبسوط، ونسبه شيخ الإسلام علاء الدين عبد العزيز إلى السهو، ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه لو كان الآمر صبياً أو مجنوناً لم يجب القصاص لأن الفاعل في الحقيقة هو الصبي والمجنون وهو ليس بأهل للعقوبة؛ كذا في الأكمل. وفي المحيط: لو أكره على أن يقتل رجلاً أو يكفر بالله تعالى وسعه الكفر دون القتل لأن الكفر يرخص في حالة الاضطرار دون القتل فإنه لا يرخص بحال، ولو قتل ولم يكفر المكره دون القتل قياساً لأنه قتل نفساً مختاراً طائعاً ويضمن الدية استحساناً في ماله في ثلاث سنين إن لم يكن عالماً بأن الكفر يسعه يقتل به، وقيل لا يقتل به لأن الدليل المورث للشبهة قائم وهو حرمة الكفر، ولو أكره على أن يقتل أو يأكل الميتة أو يشرب الخمر فقيل يقتل القاتل دون المكره لأن أكل الميتة وشرب الخمر يرخص حالة الاضطرار. قال رحمه الله: **(وعلى إعتاق وطلاق ففعل وقع)** يعني لو أكره على إعتاق وطلاق فأعتق وطلق وقع العتق والطلاق لأن الإكراه لا ينافي الأهلية على ما بينا وعدم صحة بعض الأحكام كالبيع والإجارة والأقارير لمعنى راجع إلى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الإكراه لا يوجد الرضا، فأما العتق والطلاق فلا يشترط فيهما الرضا فيقع ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع وأخواته. وفي المبسوط: وكل تصرف يصح مع الهزل كالطلاق والعتاق والنكاح يصح مع الإكراه، ولو أكره الرجل على الإكراه يصح، فإن كان المسمى مثل مهر المثل أو أقل جاز ولا يرجع على المكره بشيء لأنه عوضه مثل ما أخرج عنه، وإن كان المسمى أكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة ويجب مقدار مهر المثل لأنه فات الرضا في الزيادة بالإكراه. وإن أكره المرأة على النكاح فلا شيء على المكره لأنه أتلف عليه منفعة البضع ولا ضمان على متلف المنفعة ولأنه عوض المهر فلا يعد إزالة وإتلافاً، فإن كان الزوج كفؤاً والمهر مهر المثل جاز، وإن كان أقل فالزوج بالخيار إن شاء أتم لها مهر مثلها، وإن شاء فارقها إن لم يدخل بها ولا شيء عليه، وإن دخل بها وهي مكرهة فلها مهر مثلها، وإن دخل بها وهي طائعة فهو رضا منها بالمسمى إلا أن يكون للمولى حق تكميل مهر مثلها عند الإمام خلافاً لهما، وإن فارقها قبل الدخول لا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها. وقيد بقوله «على إعتاق» لأنه لو أكره على العتق من إعتاق كما لو أكره على شراء ذي رحم محرم منه فاشترى يعتق عليه كما سيأتي فإنه لا يرجع بشيء، كذا لو أكره على شراء من حلف بعتقه، وكذا لو أكره على

....

شراء أمة ولدت منه بالنكاح فاشترى فعتقت عليه بشيء لأنه عتق من غير اعتاق.

قال رحمه الله: **(ورجع بقيمته)** يعني يرجع المكره على المكره بقيمة العبد لأن الإتلاف منسوب إليه والمكره آلة له فيه فيرجع بقيمة العبد عليه موسراً كان أو معسراً لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والإعسار بخلاف ضمان الإعتاق على ما تقدم، ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب عليه للخروج للحرية كما في معتق البعض أو لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر أو عتق المريض عبده وعليه دين ولم يخرج من الثلث، ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لأنه ضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره. وأطلق المؤلف في الرجوع وهو مقيد بما إذا قال أردت بقولي عتقاً مستقبلاً كما طلب مني أو قال لم يخطر ببالي سوى الإتيان بمطلوبه، أما لو قال خطر ببالي الإخبار فأخبرته فيما مضى كاذباً وأردت ذلك لإنشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة ولا يضمن المكره المكره شيئاً لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعاً في الإقرار فلا يصدق في دعواه الإخبار كاذباً. فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء والإتلاف بعوض كلا إتلاف. وأجيب بأن الولاء سببه العتق على ملك المولى فكيف المكره معوضاً ولكن لا يكون عوضاً إلا إذا كان العوض مالاً كما إذا أكره على أكل طعام الغير فأكله فلا ضمان على المكره إذ عوضه ما هو في حق حكم المال كما في منافع البضع والولاء ليس بمال لأنه بمنزلة النسب، ألا ترى أن شاهدي الولاء إذا رجعا لا يضمنان. ورد هذا بما إذا أكره المولى على شراء ذي محرم رحم منه فعتق عليه فإن المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره لأنه حصل له عوض وهو صلة الرحم؛ كذا في البدائع. ولا يخفى أن الرحم صلة ليست بمال كالولاء؛ أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنه لم يقل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول. وفي المحيط: ولو أكره على أن يعتق على أقل من قيمته على مائة وقيمته ألف والعبد غير مكره يقع بتمام قيمته، ثم إن شاء ضمن المكره قيمته ثم يرجع هو على العبد بمائة السعاية لأنه بأداء الضمان قام مقام المولى، وإن شاء المولى ضمن المكره تسعمائة ثم يرجع بتسعمائة وأخذ من العبد مائة لأن السيد طائع في التزام المال والمكره يتلف عليه تسعمائة بغير عوض فيأخذ منه. ولو أكره على أن يعتق عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ففعل، فإن شاء ضمن المكره قيمته للحال وهي ألف ويرجع المكره على العبد بألفين إلى سنة ويتصدق بالفصل، وإن شاء اختار العتق وكان له ألفان إلى سنة. ولو أكره العبد على قبول العتق على مال لم يلزمه شيء ويضمن للمكره لما بينا. عبد بين رجلين أكره أحدهما على عقته فأعتقه جاز والولاء كله للمعتق عندهما، فإن كان المكره موسراً ضمن قيمته بينهما، وإن كان معسراً ضمن نصف قيمته للمكره ويسعى العبد للآخر في نصف قيمته لأن المكره في حق المكره متلف وفي حق الساكت بمنزلة العتق. وعند الإمام يعتق نصيب المكره لا غير ولا ضمان على المكره للساكت

....

وإن كان موسراً، فإن اختار الساكت تضمين شريكه فالولاء كله له، وإن اختار الإعتاق أو السعاية فالولاء بين الشريكين. ولو قتل عبد رجلاً وأكره على عتقه وهو يعلم بالجناية ضمن المكره قيمته ويأخذها المولى فيدفعها إلى ولي الجناية لأنه مضطر في هذا الإعتاق ولو كان الإكراه بحبس أو قيد يضمن المولى الجناية دون الدية ولا يضمن المكره شيئاً لأن هذا الإكراه لا يعد إكراهاً في حق إتلاف المال ويعتبر إكراهاً في حق التزام المال. ولو أكره على أن يعتق عبده عن رجل بألف درهم وقيمته ألف فأعتق وقبل المعتق عنه طائعاً، فإن شاء ضمن المكره، وإن شاء ضمن المعتق عنه، فلو ضمن الأول يرجع على المعتق عنه والولاء للمعتق. وقال الكرخي: ينبغي أن يقع العتق عن المعتق عنه لأنه بمعنى البيع وبيع المكره قبل التسليم لا يفيد الملك. وأجيب بأن الإكراه ورد على العتق لا على البيع الذي في ضمن طلب الإعتاق ولو ورد على البيع إنما يرد ضمناً وتبعاً والإكراه لا يؤثر، فما ثبت ضمناً وتبعاً ويعتقد في الضمني بما لا يعتقد في القصدي. ولو أكره بحبس تجب القيمة على المعتق عنه دون المكره، ولو أكره المعتق بالقتل والمعتق عنه بالحبس فالمعتق عنه غير مكره، ولو كان الإكراه على عكس هذا ضمن المكره قيمته للمولى ولم يضمن المعتق عنه شيئاً والولي للمعتق عنه لأن الإكراه بوعيد تلف صير الفاعل هو المكره، والإعتاق وإن وجد في ملك المعتق فقد أتلف المكره بالإعتاق عليه حق الاسترداد بغير رضاه، ولو أكره على أن يدبر عبده عنه بألف فدبر فالمولى بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته قناً ورجع المكره على قابل التدبير بقيمته مدبراً، وإن شاء ضمن القابل قيمته مدبراً ورجع على المكره بنقصان التدبير، ولا يرجع المكره به على القابل. ولو أكره على الإعتاق بحبس أو قيد لم يضمن المكره شيئاً ويضمن القابل قيمته قناً لأن هذا الإكراه غير معتبر في حق إتلاف المال، ولو أكره المولى بالقتل والقابل بالحبس ضمن القابل قيمته قناً ولا يرجع على المكره بشيء، فإن ضمن المكره رجع به على القابل. ولو وهب المولى من الكره قيمته أو أبرأه منها كان للمكره أن يرجع على القابل بقيمته، ولو أكره المولى بحبس والقابل بوعيد تلف فللمولى أن يضمن المكره ما نقص بالتدبير ويضمن القابل قيمته مدبراً لما عرف. ولو أكره بقتل على أن يقبل من رجل عتق عبده على ألف وقيمته خمسمائة ورب العبد طائع ففعل كان الولاء للقابل ولا ضمان عليه ولا على المكره لأن قبول العتق عنه بألف يتضمن شراء وقبضاً وإعتاقاً والمشتري مكره في جميع ذلك والمكره لا يضمن شيئاً للمولى، ولو أكره على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله لم يضمن عند الإمام، وعندهما يضمن لأن عنده العتق يتجزئ وعندهما لا يتجزئ فالإكراه على إعتاق النصف إكراه على إعتاق الكل. ولو أكره على أن يعتق كله فأعتق نصفه يضمن عندهما، وعند الإمام يسعى في نصف قيمته ويضمن المكره نصف قيمته اهـ. مختصراً بتأمل. هذا ما تقدم في البيع إذا أكره على بيع الكل فباع النصف كان مكرهاً حيث عللوا بأن بيع النصف أشد ضرراً من بيع الكل وإعتاق الكل

بقيمته ونصف المهر إن لم يطأ وعلى الردة لم تبن امرأته وحرمة طرف الإنسان كحرمةنفسه.

أشد ضرراً من عتق النصف ويطلب الفرق.

قال رحمه الله: **(ونصف المهر إن لم يطأ)** يعني لو أكره على أن يطلق امرأته فطلقها قبل الوطء ضمن المكره نصف المهر لأن ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريراً بالمال فيضاف تقريره إلى المكره وكان متلفاً له فيرجع به عليه. أطلق في الرجوع وهو مقيد بما إذا قال أردت به الإنشاء في الحال كاطلب مني أو قال أردت الإتيان بمطلوبه، أما إذا قال أردت الإخبار كاذباً فيقع قضاء لا ديانة ولا يضمن المكره شيئاً لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعاً في ذلك فلا يصدق قضاء ولا يضمن المكره لأنه خالفه. هذا إذا كان المهر مسمى، وإن لم يكن مسمى فيه فيرجع عليه بما لزمه من المتعة. ولو أكره على أنه يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالأقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لأن الضرر كان يندفع بالأقل، ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شيء لأنه لم يتلف عليه شيئاً. ولو أكره على التوكيل بالطلاق أو العتاق فأوقع الوكيل وقع استحساناً، والقياس أن لا يصح التوكيل لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه كالبيع وأمثاله. وجه الاستحسان أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لأنها من الاسقاطات، ويرجع الموكل على المكره بما أتلف عليه ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه. ولو أكره على النذر صح ولزم لأنه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الإكراه ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا، وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لأنهما لا يحتملان الفسخ، وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية. وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأن الرجعة استدامة النكاح فألحقت بالنكاح، والإيلاء يمين فألحق باليمين. ولو بانت بمضي أربعة أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له أن يرجع به على المكره لأنه كان متمكناً من الفيء في المدة، وكذا الخلع لأنه طلاق. ولو أكره على أن يجعل كل مملوك يملكه حراً في المستقبل ففعل ثم ملك مملوكاً عتق عليه ولا ضمان على المكره لأن العتق حصل باعتبار صنع من جهته. وإن أكره على أن يعلق عتق عبده بفعل لا بد له منه نحو أن يقول إن صليت فعبدي حر أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الأشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لأنه لا بد له من هذه الأفعال وكان ملجأ. ولو أكره على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكره لأنه أمره بالخروج عن حق لزمه. ولو أكره على عتق عبد عن كفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته لأنه لمن لم يجب عليه أن يعتق عبداً معيناً عن كفارة معينة فهو بالإكراه معتدياً عليه-ولا يجزيه عن الكفارة لأنه في معنى العتق بعوض. ولو قال أنا أبرئه عن القيمة حتى يجزئ عن الكفارة لم يجز ذلك لأن العتق نفذ غير مجزئ عن

....

الكفارة والموجود بعد ذلك إبراء عن الدين وهو لا يتأدى به الكفارة. ولو قال اعتقه حين أكرهني وأنا أريد به عن الكفارة ولو أعتقه بإكراه أجزأه عن الكفارة وليس له أن يرجع بقيمة العبد على المكره. ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد في قول الأمام أولاً وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد إذا أكرهه السلطان، وإن أكرهه غيره يجب. وقالا: لا يجب عليه الحد في الوجهين، وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه من قبل وفي موضع سقط الحد ووجب المهر سواء كانت مكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك. أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها، وأما الثاني فلأن إذنها لغو لكونها محجورة عن ذلك شرعاً.

قال رحمه الله: **(وعلى الردة لم تبن امرأته)** يعني لو أكره على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن امرأته لأنه لم يكفر به. ولو قال عند قوله على الردة لم يرخص ولو فعل لم تبن به امرأته لكان أولى وأخرى، ولأن الكفر يتعلق بتبدل الاعتقاد ولم يتبدل اعتقاده حيث كان قلبه مطمئناً بالإيمان حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر كان القول قوله استحساناً. والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي الطائع والمكره كلفظة الطلاق. ووجه الاستحسان هذا اللفظ غير موضوع للفرقة وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والإكراه دليل على عدم التغير فلا تقع الفرقة، ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما إذا أسلم مكرهاً حيث يحكم عليه بالإسلام لأنه وجد منه أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطاً لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، ونظيره السكران فإن إسلامه يصح ولا تصح ردته لعدم القصد. هذا البيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فإذا لم يعتقد فليس بمؤمن. وعدم إبانة الزوجية إذا قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالإيمان، ولو قال نويت الأخبار باطلاً ولم أنو ما أمرت به بانت امرأته في الحكم لأنه مخالف لما طلب منه باعتبار الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك في حق المرأة. ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخير على الباطل بانت امرأته ديانة وقضاء لأنه كفر حقيقة. والإكراه على الصلاة أو سب النبي ﷺ في أمانة المرأة وعدمه على هذا التفصيل، ولو قال خطر ببالي أنه لو أكره العدو على كلمة الكفر لا جرى على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان كفر. قال رحمه الله: **(وحرمة طرف الإنسان كحرمة نفسه)** حتى لو أكره على قطع يد إنسان يقطع يده لا يرخص له ذلك فإن فعل ذلك يأثم ويجب القصاص على المكره لو كان حراً، ويضمن نصف القيمة لو كان رقيقاً، وهذا لا ينافيه ما نقله قاضيخان إذا قال لرجل اقطع يد هذا وإلا قتلتك وسعه أن يقطع، وإذا قطع كان على الآمر القصاص على قول الإمام. وفي التتارخانية: إذا قال إن لم تقطع يدك وإلا قطعتها لا يسعه أن يقطع يد نفسه ا هـ. فظهر بما نقلنا إذا كان أحدهما أغلظ من القطع وسعه وإن كان قطع بقطع لا يسعه. ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما إذا أكره على قتل

باب الحجر

....

نفسه حيث لا يحل له قتلها لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حق صاحب الظرف حتى يحل له قطعها إذا أصابتها أكلة. ولو أكره على أن يلقي نفسه في النار أو على الإلقاء من الجبل بالقتل وكان الإلقاء بحيث لا ينجو ولكن فيه نوع تخفيف فله الخيار إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل عند الإمام، فلو ألقى نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص، وعندهما لا يصبر ولا يفعل. ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لأقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبي حنيفة تجب الدية على عاقلة المكره لأنه لو باشر لا يجب عليه القصاص لأنه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا إذا أكره عليه. وعند الثاني تجب الدية على المكره في ماله. وعند محمد يجب القصاص. ولو قال لآخر اقتلني فقتله تجب الدية في ماله في الصحيح. ولو أكرهت المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الأكراه فرضيت المرأة ولم يرض الولي فللولي الفراق عند أبي حنيفة أو يتم مهر المثل. وقالا: ليس له ذلك لأن المهر خالص حقها حتى تملك إسقاطه والله تعالى أعلم بالصواب.

باب الحجر

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل واحد منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر. والحجر في اللغة المنع من قولك حجر عليه القاضي يحجر حجراً إذا منعه من التصرف في ماله ولهذا سمي الحطيم حجراً لأنه منع من البيت، ومنه قوله تعالى ﴿هل في ذلك قسم لذي حجر﴾ [الفجر: ٥] أي لذي عقل. وفي الشرع عبارة عن مبيع مخصوص في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وهذه الثلاثة سبب الحجر، وألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر المفتي الماجن والطبيب الجاهلي والمكاري المفلس. ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله وهي أحد طرفي الديانة والآخر التعظيم لأمر الله، وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الورى وفرق بينهم في النهي فجعل بعضهم أولي النهي والرأي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى، وبعضهم مبتلى بأساليب الردى فيما يرجع إلى المعاملات كالمجنون والمعتوه والرقيق والصغير، وركب الله في البشر العقل والهوى، وركب في الملائكة العقل دون الهوى، وركب في البهائم الهوى دون العقل، فمن غلب عقله على هوائه كان من أفضل الخلق، ومن غلب هواه على عقله كان أردى من البهائم. ودليله ما روي أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ وقسم ماله لغرمائه ولأن تصرفه لا يشمل توفير النظر والمصلحة فلذا يحجر عليه. قال رحمه الله: **(هو منع عن التصرف**

هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً بصغر ورق وجنون فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا إذن ولي وسيد ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال ومن عقده منهم وهو يعقله

قولاً لا فعلاً بصغر ورق وجنون) يعني يحجر عليه بهذه الأسباب المذكورة. واعترض عليه بأن هذه العبارة تفيد حصر المنع في هذه الثلاثة لأن ذكر الأفراد يفيده وليس كذلك بل يحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق، والسفيه والمغفل والمديون على قولهما وعليه الفتوى كما في البزازية فقوله في دليل التعريف «بصغر إلى آخره» تفسير زائد وتقييد فاسد فالتعريف فيه قصور من حيث تقييد المطلق وأصل التعريف لمطلق الحقيقة وهو لا يخلو إما إن أراد أن يعرف المنع المتفق عليه فعله أن يسقط الزيادة أو يزيد ومجانة وجهل وإفلاس ليكون سبباً للمتفق عليه، أو يقول بسبب يوجبه، ولا يخفى أن الرق ليس سبباً للحجر في الحقيقة لأنه مكلف محتاج كامل الرأي والعقل وإنما حجر عليه لحق المولى. قوله «لا فعلاً» أراد فعلاً لم يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات، أما إذا كان الفعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات فهو محجور عليه في حكم ذلك الذي يندرئ بالشبهات كالصبي والمجنون إذا زنى أو قتل فهو محجور عليه بالنسبة لحكم الزنا وهو لحد وبالنسبة يحكم القتل وهو القصاص؛ كذا في الجوهرة. وقوله «قولاً» نكره في سياق الإثبات وهي تختص عندنا قالوا: المراد بالأقوال هنا ما تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ويوجب الحجر من الأصل بالإعدام في حكم قول تمحض ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصبي والمجنون دون العبد فإن طلاقه يقع ولم يجب الحرج فيما تمحض نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة. وقوله «لا فعلاً» نكرة في سياق النفي فيعم ما تقدم ذكره. فإن قيل: الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الأقوال المعتبرة في الشرع والقصد ليس بشرط لاعتبارها شرعاً كما صرحوا به في مواضع لا سيما في مباحث الهزل في الأصول فكيف حكمت بأنها عدم من الصبي والمجنون مع أن القصد ليس بشرط في اعتبارها إذا صدرت مع تمام الأهلية؟ وأجيب بأن من ذكر له قصد وما يقصد وما ذكر ليس له قصد معتبر فافترق الحال ا هـ. قال رحمه الله: **(فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا إذن ولي وسيد)** لأن الصبي عديم العقل إذا كان غير مميز وإن كان مميزاً فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو البلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز إلا إذا أذن له المولى فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة للمولى، فإذا أذن له بعد ذلك فيتصرف بأهليته إذا كان بالغاً عاقلاً وإن كان صغير فبأهلية الولي. وفي السراجية: للصغير الذي لا يعقل البيع إذا باع أو اشترى فأجاز الولي لم يصح ولو أذن القاضي للصبي بالتصرف صح تصرفه. قال رحمه الله: **(ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال)** يعني لا يجوز تصرفه بحال ولو أجازه الولي لأن صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي، وإن كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو في حال إفاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته

يجيزه الولي أو يفسخه وإن أتلفوا شيئاً ضمنوا ولا ينفذ إقرار الصبي والمجنون وينفذ

وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل، وقيل هو المدهوش من غير جنون. واختلفوا في تفسيره اختلافاً كثيراً وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون.

قال رحمه الله: **(ومن عقده منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخه)** يعني من عقد البيع والشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أي وهو يعقل أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار إن شاء أجازه وإن شاء رده. فإن قيل: هذا في البيع يستقيم وأما في الشراء فلا يستقيم لأنه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري. قلنا: إنما ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذاً كشراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لتضرر المولى فيتوقف الكل. قال في العناية: الأقوال موجودة حساً ومشاهدة فإما لها شروط في اعتبارها شرعاً لقصد دون العقل أجيب بوجهين: أحدهما الأقوال الموجودة حساً ليست عين مدلولها بل دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الأفعال فإن الموجود منها هو عينها، فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة. الثاني القول قد يقع صدقاً وكذباً ويقع جداً وهزلاً فلا بد من القصد بخلاف الفعل قال: **فإن قيل قوله «تصرف صبي وعبد الخ» يفيد أن عقدهما لا ينعقد** وقوله «ومن عقد منهم وهو يعقله **يجيزه الولي أو يفسخ» يفيد أن ينعقد موقوفاً** وبينهما منافاة، فالجواب أن المراد بقوله «لا يصح» لا ينفذ وهو شائع في عبارة الفقهاء. فإن قيل: كان يمكنه أن يقول ومن عقد منهما بلفظ التثنية دون الجمع يعني الصبي والعبد. قلنا: فهم من قوله المغلوب غير المغلوب الذي بمنزلة الصبي والعبد فلذا عبر بلفظ الجمع. قال في العناية: أراد الصبي والمجنون الذي هو يجن ويفيق فإنه بمنزلة الصبي. قال ابن فرشته: الولي هو القاضي والولي الذي يلي التجارة في مال الصبي كالأب والجد والوصي ولا يجوز بإذن العم والأم والأخ ا هـ. وإذا رفع الأمر إلى القاضي لا يخلو إما أن يكون الثمن قائماً أو هالكاً، ولا يخلو إما أن يكون بيع رغبة أو غبينة وإذا رد المبيع والثمن قائم في يده رده، وإن كان المحجور استهلك الثمن ينكر إن استهلكه في النفقة وما يجوز له فإن القاضي يعطي الدافع مثله، وإن استهلكه فيما لا يحتاج إليه فإن صرفه في وجوه الفساد يضمن المحجور مثله عند الثاني، وعند محمد لا يضمن؛ كذا في التتارخانية. والظاهر أن الولي إذا علم بالبيع كالقاضي. قال رحمه الله: **(وإن أتلفوا شيئاً ضمنوا)** لأنهم غير محجور عليهم في الأفعال إذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فثبت عليه موجبه لتحقق السبب ووجود أهلية الوجوب وهي الذمة لأن الإنسان يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق إلا أنه لا يطالب بالأداء إلا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين إلا إذا أيسر وكالنائم لا يطالب

العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية ولو أقر بحد أو قود لزمه

بالأداء إلا إذا استيقظ؛ هكذا قاله الشارح، فظاهره أن الوجوب يتأخر إلى البلوغ والعتق وفي الحدادي يضمن كما يضمن الحر البالغ العاقل، فظاهره أنه يضمن في الحال ويؤيده ما قال في العناية: جنين ابن يوم لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها يجب عليه الضمان في الحال اهـ. فلو أن الصبي أو المجنون أو العبد استهلكوا مالاً ضمنوا المال في الحال. وفي التتارخانية: إذا أودع صبياً أو عبداً مالاً فاستهلكه لا يضمن الصبي ولا العبد في الحال على قول محمد. وقال أبو يوسف: يضمن إلا أن العبد يؤاخذ بعد العتق والصبي يؤاخذ بعد زوال الحجر لأنه لما أودعهم سلطهم عليه، وفي الأول لم يسلطهم فيضمن في الحال الصبي في ماله والعبد يدفعه المولى أو يفديه. قال رحمه الله: **(ولا ينفذ إقرار الصبي والمجنون)** لأن اعتبار الأقوال في الشرع منوطة بالأهلية وهي معدومة فيهما حتى لو تعلق بإقرارهما حكم شرعي كالحد لا يعتبر أيضاً إلا من حيث إنه إتلاف فيجب الضمان، لا يقال هذا علم من قوله قولاً لأنا نقول بطريق التضمين والتصريح أبلغ منه فلذا ذكره.

قال رحمه الله: **(وينفذ العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية)** لأنه إقرار على غيره وهو المولى لما أنه وما في يده ملكه وإقرار الرجل على غيره لا يقبل فإذا عتق زال المانع فتبيع به لوجوب سبب الأهلية. وظاهر العبارة نفوذ الإقرار مطلقاً سواء سكت بعد ذلك أو قال باطلاً أو حقاً ولذلك قال في المحيط: ولو أقر باستهلاك وديعة ثم صلح فصار أهلاً للإقرار فأقر أنه استهلكها في حال فساده لم يضمن عند محمد بخلاف ما لو أقر بقتل على هذا الوجه حيث يلزمه في ماله كما لو شوهد ذلك منه. والفرق أن استهلاك الوديعة لم يثبت بمعاينة وبالبينة لم يصدق عند محمد فكذا إذا ثبت بالإقرار، والقتل لو صدر منه بالمعاينة وجبت الدية على العاقلة، وكذا إذا ثبت بالإقرار يجب في ماله. ولو أقر لرجل بمال ثم صلح بأن صار أهلاً وقال أقررت بها باطلاً لم يلزمه وإن قال كان حقاً يلزمه، وإن قال كان باطلاً لم يوجد منه إقرار بعد الصلاح فلا يلزمه، وكذا الصبي المحجور عليه لو أقر أنه استهلك مال إنسان بغير إذنه ثم قال بعد البلوغ كان حقاً أو باطلاً. ولو قال لرجل بعد الصلاح أقرضني في حال فسادي وقال الآخر لا بل في صلاحك واستهلكتها فالقول قول رب المال إلا أن يقيم المحجور البينة على ذلك. والفرق أن في الأول أقر أن الاستهلاك وجد منه وادعى الإذن والتسليط وأنكر رب المال ذلك لما قال أقرضتك فيكون القول قول المحجور عليه وعلى رب المال البينة بخلاف الثانية. قال رحمه الله: **(ولو أقر بحد أو قود لزمه في الحال)** لأنه يبقى على أصل الحرية في حقهما لأنهما من خواص الإنسانية وهو ليس بمملوك من جهة أنه آدمي بل من جهة أنه مال ولهذا لا يصح إقرار المولى بهما عليه لأنه يبقى على أصل الحرية في حقهما. فإن قيل قال ﷺ «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق» و

في الحال لا بسفه فإن بلغ غير رشيد لم يدفع له ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة

«شيئاً» نكرة في سياق النهي فتعم فيقتضي أن لا يملك الإقرار بالحدود والقصاص قلنا: لما بقي على أصل الحرية في حقهما يكون إقراره بهما إقراراً بالحرية لا بالعبدية، ولأن قوله تعالى ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾ [القيامة: ١٤] يقتضي أن يصح إقراره فينفذ أو يقال إن النص يحمل أنه روي على غير هذه الصورة دفعاً للتعارض. قال رحمه الله: **(لا بسفه)** يعني لا يحجر عليه بسبب السفة عند الإمام. وقال أبو يوسف ومحمد: يحجر عليه. للإمام ما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع ذي البيع فقال: من بايعت فقل لا خلابة. رواه البخاري ومسلم. وفي رواية غيرهما قيل له احجر عليه ولأنه عاقل كامل العقل ألا ترى أنه مطلق فلا يحجر عليه كالرشيد. ولهما قوله تعالى ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهذا نص في إثبات الولاية على السفيه، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ في الغياثية والمراد بالفساد هنا السفه وهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير وإتلاف على خلاف مقتضى الشرع والعقل ا هـ. وفي الأصل: والحجر بسبب الفساد والسفه فهو نوعان: أحدهما لخفة في العقل وكان سببه القلب لا يهتدي إلى التصرفات فيحجر عليه القاضي على قولهما. والثاني أن يكون سفيهاً مضيعاً لماله إما في الشر بأن يجمع أهل الشر والفساد في داره ويطعمهم ويسقيهم ويصرف في النفقة ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم، أو في الخيرات بأن جميع ماله في بناء مسجد وأشباهه فيحجر القاضي عند صاحبيه صيانة لماله. واتفقا على أن الحجر عليه بالدين لا يثبت إلا بقضاء القاضي، واختلفوا في الحجر بسبب الفساد والسفه؛ قال أبو يوسف: لا يثبت إلا بقضاء القاضي. وعندهما يثبت بنفسه السفه ولا يتوقف على قضاء القاضي. قال في المحيط: القضاء بالحجر ليس بقضاء بل فتوى لعدم شرائط القضاء وهي الدعوى والإنكار حتى لو وجد الدعوى والأنكار بأن وهب السفيه ماله من إنسان وسلم إليه وصار فقيراً تجب نفقته على محارمه فيرفعوا أمرهم إلى القاضي وأخبروه بأنه يفني ماله سفهاً وطلبوا منه الحجر عليه فالقاضي يحضر السفيه والموهوب له فادعى عليه من وجبت عليه النفقة أن ماله في يد هذا الرجل فأمره يرده عليه فقضى القاضي بالرد عليه يفسد قضاء ا هـ. وفي التهذيب: وإذا وجد شرط الدعوى وقضاء القاضي صار متفقاً عليه فلا تنفذ تصرفاته بعد القضاء عندهما والإمام أيضاً ا هـ. وفي المنتقى: لو حجر عليه قاضٍ فرفع ذلك إلى قاضٍ آخر وأطلقه جاز إطلاقه لأن الحجر من الأول فتوى لتقدم شرطه كما تقدم. قال صاحب الهداية: ولو قضى القاضي فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من إمضاء قاضٍ آخر حتى يلزم لأن الاختلاف إذا وقع في نفس

ونفذ تصرفه قبله ويدفع إليه ماله إن بلغ المدة معسراً وفسق وغفلة ودين وإن طلب

القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعاً عليه حتى يمضيه قاض آخر بخلاف ما إذا كان الاختلاف موجوداً قبل القضاء فإنه بالقضاء الأول وجد شرطه فيكون مجمعاً عليه ا هـ. قال الشارح: وفيه نظر فإن محمداً يقول بأنه يصير محجوراً بنفس السفه قبل قضاء القاضي. وفي الأصل: الحجر بسبب السفه يقارن الحجر بالدين من ثلاثة وجوه: الأول أن الحجر على السفيه لمعنى في ذاته أما الحجر بسبب الدين فلحق الغرماء. الثاني المحجور عليه بسبب السفه إذا أعتق عبداً ووجب عليه السعاية فإذا أدى لا يرجع به على المولى بعد زوال الحجر والمقضي عليه بالإفلاس إذا أعتق عبداً وبما في يده وجبت عليه السعاية، فإذا أدى يرجع بما أدى على المولى بعد زوال الحجر. الثالث المحجور عليه بالدين يزول إقراره بعد زوال الحجر، وكذا حال قيام الحجر فيما يحدث في المال والمحجور عليه بالسفه لا يجوز إقراره لا في حال الحجر ولا بعد زوال الحجر لا في المال القائم ولا الحادث. وإذا صار السفيه مصلحاً لماله هل يزول الحجر من غير قضاء القاضي؟ فعند أبي يوسف لا يزول إلا بالقضاء، وعند محمد يزول من غير قضاء. وفي نوادر هشام عن محمد: السفيه المحجور إذا زوج ابنته الصغيرة أو أخاه الصغير لم يجز. وفي البزازية: والفتوى على قولهما.

قال رحمه الله: **(فإن بلغ غير رشيد لم يدفع له ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع إليه ماله إن بلغ المدة معسراً)** وهذا عند الإمام، وعندهما لا يرفع إليه حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبداً لقوله تعالى ﴿فإن آنستم منه رشداً فادفعوا اليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] علق الدفع بوجود الرشد فلا يجوز قبله. وللإمام قوله تعالى ﴿وآتوا اليتامى أموالهم﴾ [النساء: ٢] والمراد منه بعد البلوغ ولأن حال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصباء فقدرناه بخمس وعشرين سنة. وما روي عن ابن عمر أنه قال: ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنة. وقد قال أهل الطبائع: إذا بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده لأنه بلغ سناً يتصور أن يصير فيه جداً لأن أدنى ما يبلغ فيه الغلام اثنا عشر سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ اثني عشر سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جداً. والآية الثانية فيها تعليق الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف في موضعه. والتفريع لا يتأتى على قول الإمام ويتأتى على قولهما. وإذا باع لا ينفذ بيعه وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لأنه مكلف عاقل، وينفذ فيما يضره كالإعتاق والطلاق. ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند أبي حنيفة لأن السفيه ليس بمحبوس وإنما يستدل عليه بالعيون في تصرفاته، وذلك يحتمل لأنه يجوز أن يكون للسفيه ويجوز أن يكون حيلة عند لاستجلاب قلوب المجاهدين فإذا تردد لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف الجنون والصغر والعتة. وعند محمد لا يجوز لأن علة الحجر

....

السفه وقد تحقق في الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون والعتة بخلاف الحجر بالدين لأنه لحق الغير لأنه من طلبهم. ولو قضى قاضٍ في بيع سفيه بإبطال أو إجازة ثم رفع ذلك إلى قاض آخر لا يرى ما يراه الأول فينبغي أن يجيز القضاء الأول، فإذا أبطله ورفع إلى ثالث أبطل قضاء الثاني لأن قضاء الأول قضاء فيما هو مختلف فيه فنفذ قضاؤه بالإجماع ويصير متفقاً عليه والثاني قضاء بخلاف الإجماع فلا ينفذ، ولو كان الأول قضى بالحجر عليه ثم رجع وقضى بإطلاقه جاز قضاء الثاني لأن قضاء الأول بالحجر كان أقوى وإذا أجاز القاضي بيع المفسد ولم ينه المشتري عن دفع الثمن عليه يبرأ المشتري بالدفع إليه، وإن نهاه فدفع لم يبرأ ويدفع الثمن ثانياً. وإذا قال المشتري أجزت بيعه ونهاه المشتري عن الدفع إليه فدفع قبل العلم برئ وبعد العلم لا يبرأ كالوكيل إذا عزله الموكل بخلاف ما إذا بشرط أن لا يدفع له الثمن لأنه لم يصر مأذوناً بالدفع، فإذا دفع لا يبرأ علم أو لم يعلم. وإذا أذن له القاضي أن يبيع ويشتري جاز بيعه وقبضه بخلاف الأب إذا أذن له لا يصح إذنه لأنه بعد البلوغ انقطعت ولايته. وإذا باع بما لا يتغابن فيه لا يجوز لأن المحاباة تبرع وبما يتغابن فيها يجوز فلو قال القاضي لأهل السوق أجيز ما يثبت منه بالبينة ولا أجيز ما يثبت منه بالإقرار يعمل بهذا التخصيص في حقه. ولو أذن للصبي على هذا الوجه يصير مأذوناً في الأنواع كلها، ولو أذن له في البر تعدى إلى سائر التجارات لأن التخصيص إنما يصلح إذا كان مفيداً أو إنما يكون مفيداً إذا كان يحصل به صيانة المال وبهذا التخصيص لا يحصل. ولو قال لأهل السوق أذنت له ولا أجيز من بيعه وشرائه إلا ما قامت عليه البينة ولا أجيز إقراره فهو كما قال في الصبي والعبد المأذون له أجيز ما أقيمت عليه البينة ولا أجيز إقرارهما يلزمهما بالإقرار كالبينة. والفرق أن المفسد في التخصيص يفيد صيانة المال فكان التخصيص مفيداً، وفي الصبي المصلح والعبد المصلح التخصيص غير مفيد لأنهما حافظان لمالهما فلم يقدر؛ محيط.

قال في التتارخانية: ويثبت حكمه في النهي في حقه بخبر واحد، سواء كان عدلاً أو غير عدل عندهما. وعند الإمام لا يثبت حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان ا هـ. وإذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً فهو على هذا الخلاف، وإذا أعتق عبداً عندهما. وقال الشافعي: لا يعتق. لنا أن كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه. وكل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر السفه فيه كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر السفه فيه. قال في العناية: وفيه بحث من أوجه: الأول أن السفيه إذا حنث في يمينه وأعتق رقبة لا ينفذه القاضي، وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذ. فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل وقد أثر فيه الحجر بالسفه. والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور عليه بخلافه. والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لأن

....

في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر ا هـ. وإذا نفذ عندهما فعلى العبد أن يسعى في قيمته عند محمد وهو الصحيح، ولو جوز في الظهار نفذ ويسعى العبد في قيمته وهو قول أبي يوسف أولاً، وفي قول أبي يوسف الأخير وهو رواية عن محمد عليه سعاية لأنه لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق معتقه بحال ما، وإنما تلزمه السعاية لأجل الغير. ولو دبر جاز تدبيره عنده إلا أن المدبر لا تجب عليه السعاية ما دام المولى حياً، فإذا مات المولى ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً، وإن جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكانت الأمة أم ولد له والولد حر لأنه في إلحاقه بالمصلح في الاستيلاد توفير النظر لاحتياجه إليه ويلحق هذا الحكم بالمريض المديون وتعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى ولا ولدها في شيء بخلاف ما إذا أعتقها من غير أن يدعي الولد. ولو لم يكن معها ولد فقال المحجور هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها، فإذا مات المولى سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض إذا قال لأمته هذه أم ولدي وليس معها ولد لأنها إذا كانت معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد لأنه شاهد معها. وإن تزوج امرأة جاز النكاح لأنه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه، فإذا سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل، وإذا طلقها قبل الدخول وجب نصف مقدار مهر المثل من المسمى. وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة وطلقها. وفي الأصل: وللأب ووصيه أن يتصرف في مال السفيه بإذن القاضي، وفي قاضيخان سئل أبو بكر البلخي عن محجور وقف عليه ضيعة فقال: وقفه باطل إلا أن يأذن له القاضي. وقال أبو القاسم: لا يجوز وقفه وإذا أذن له القاضي ا هـ. قال في المحيط: امرأة مسرفة سفيهة طلقها زوجها على مال وقبلت وقع الطلاق رجعياً ولا يلزمها المال أصلاً لأن السفيه محجور عن المال، وإذا وقع بلفظ الخلع وقع بائناً. وفي المنتقى: وإذا دفع الوصي إلى الوارث حين أدرك وهو فاسد فهو جائز وهو بريء عن الضمان ويخرج الزكاة عن مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وعلى زوجته ومن تجب النفقة من ذوي أرحامه من ماله لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه الأصلية والإنفاق على ذوي الأرحام واجب عليه حقاً لقريبه، والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى إلا أن القاضي يدفع إليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لأن الواجب عليه الإيتاء وهو عبارة عن فعل يفعله وهو عبادة ولا يحصل ذلك إلا بنيته، ويدفع القاضي معه أميناً كيلاً يصرفها إلى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقيها لأنه لا يحتاج فيها إلي النية فاكتفي فيها بفعل الأمين. وفي المحيط: ولا يصدق أنه قريبه إلا ببينة إلا الوالد والولد والزوج والمولى، وكذا المرأة في سوى الولد لأن نفقة الوالدين والمولودين تجب بالنسب وهو مصدق فيه، نفقة غيرهم تجب باعتبار القرابة والعسر والحاجة فلا يثبت بالإقرار. ولو حلف وحنث أو نذر نذراً من هدي أو صدقة أو ظاهر من امرأته يكفر عن يمينه وغيرها

....

بالصوم، وإذا أراد حجة الإسلام لا يمنع منها لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع، وفي الفرائض هو ملحق بالصلح إذ لا تهمة فيها، وكذا العمرة واجبة بإيجاب الله تعالى.

وإن اصطاد في إحرامه أو حلق أو فعل ما يجب به الصوم فصام ولم يدفع فيه مالاً، ولو رأى القاضي أن يأمر إذا ابتلي بأذى فحلق أو لبس أن يذبح أو يتصدق عنه فلا بأس بذلك ولا يفعله الأمير بغير إذن القاضي وإن تطيب في إحرامه أو فعل ما لا يجوز فيه الصوم فهذا لازم ولا يؤديه حتى يصلح لأنه بمنزلة العبد عليه والعبد إذا أحرم بإذن مولاه فارتكب شيئاً من محظورات الإحرام؛ فإن كان جزاؤه بالصوم فإنه يصوم، وإن كان بالمال يتأخر والكفارة في ذمته لا تدفع إلى أن يصلح. ولو جامع بعد الوقوف قبل الطواف يلزمه بدنة ويتأخر إلى أن يصلح، ولو قضى حجه إلا طواف الزيارة فرجع إلى أهله ولم يطف طواف الصدر لا يمنع نفقة الرجوع للطواف، وإن طاف جنباً ثم رجع لم تدفع إليه نفقة العود وعليه بدنة بطوافه جنباً وشاة لطواف الصدر، فإذا حصر في حجة الإسلام بسبب هدي ليتحلل به كالعبد المأذون لأنه لا صنع له فيه. ولو أحرم بحجة تطوع دفع إليه من النفقة مقدار ما لو كان في منزله ويقال له إن شئت فأخرج ماشياً إلا أن يكون القاضي وسع في النفقة فقال أنا أكري بذلك الفضل وأنفق على نفسي فلا يمنع من ذلك لأنه ليس فيه إسراف، وإذا مرض يزاد في نفقته لزيادة الحاجة. ولو حصر في حجة التطوع لا يبعث بهدي إلا أن يبلغ موضع الضرورة، ولا يمنع من القران ولا من المتعة، أراد سوق هدي أو لا، لأنه أخف في النفقة ولا يسلم القاضي النفقة إليه بل يسلمها إلى ثقة لينفقها عليه في الطريق كيلا يبذر ويسرف في النفقة. وإن أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله يعني إذا كان له وارث استحساناً، والقياس أن لا تجوز وصيته كما لا تجوز تبرعاته. وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له لكيلا يتلف ماله ويبقى كلاً على غيره وذلك في حياته لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عنه. هذا إذا كان الموصى به موافقاً لوصايا أهل الخيرية والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بناء المساجد والأوقاف والقناطر والجسور، وأما إذا أوصى بغير القرب عندنا لا ينفذ. قال محمد رحمه الله تعالى: المحجور عليه بمنزل الصبي إلا في أربعة: أحدها أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل. الثاني إعتاق المحجور عليه وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز من مال الصبي لا تجوز. قال في المحيط: وإذا دبره عبده صح ولا يسعى في نقصان التدبير ما دام حياً، وإذا مات يسعى في قيمته مدبراً. قال مشايخنا: هذا إذا كان أهل لصلاح يعدون هذه الوصية إسرافاً، فإن كانوا لا يعدونها إسرافاً بل معهوداً حساً لا يسعى في قيمته إذا كان يخرج من الثلث ا هـ. قال رحمه الله تعالى: (وفسق) يعني لا حجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله «لا بسفه». وقال

غرماؤه وحبس ليبيع ماله في دينه ولو ماله دراهم ودينه دراهم قضى بلا أمره ولو

الإمام الشافعي: يحجر عليه بالفسق كالسفه زجراً له وعقوبة له. وعندهما الحجر على السفيه صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى ﴿فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] لأن «رشداً» نكرة فتعم فتتناوله الآية إذ الرشد المذكور في الآية المراد به الإصلاح في المال لا الدين لأن الكافر لا يحجر عليه والفسق الأصلي والطارئ سواء. قال رحمه الله: **(وغفلة)** يعني لا يحجر على الغافل وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكن لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة وهذا قول الإمام. وقال أبو يوسف ومحمد والإمام الشافعي: يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظراً له لأن أهل منقذ طلبوا من النبي ﷺ الحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم فدل على أنه مشروع. قلنا: الحديث دليل للإمام لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم لذلك وإنما قال: قل لا خلابة الحديث. ولو كان مشروعاً لأجابهم إليه.

قال رحمه الله: قوله: **(ودين وإن طلب غرماؤه)** يعني لا يحجر عليه بسبب الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند الإمام لأن في الحجر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز، وعندهما يجوز عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى؛ كذا في قاضيخان من باب الحيطان. وفي الكافي: والكلام في الحجر بالدين في موضعين: أحدهما أن يركبه دين مستغرق لماله أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضي أن يحجر فيحجر عليه ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء، وفي النوادر: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس والإفلاس عندهما يتحقق في حال حياته فيمكن القاضي القضاء بالإفلاس. وفي العناية: وإذا قضى بالحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود في الحال دون ما يحدث من الكسب أو غيره حتى لو تصرف في الحادث نفذ، وإذا صح الحجر بسبب الدين صار حال هذا المحجور عليه كحال مريض عليه ديون الصحة، وكل تصرف يؤدي إلى إبطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه. وفي التتارخانية: يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجوراً عليه. وفي النوادر: وإذا حبس الرجل في الدين ينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضي ديونه التي حبس فيها. قال رحمه الله: **(وحبس ليبيع ماله في دينه)** لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعاً لظلمه وإيطالاً للحق إلى مستحقه، ولا يكون ذلك إكراهاً على البيع لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان عند أبي حنيفة. وقالا: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسم ماله بين الغرماء ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالإقرار وبيعه بأقل من قيمته لما روي أن معاذاً ركبه دين فباع رسول الله ﷺ ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص، ولأن في الحجر عليه نظراً للغرماء لئلا يلحقهم الضرر بالإقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من إنسان عظيم القدر لا يمكن الانتزاع منه أو بالإقرار له ثم

ماله دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع من دينه ولم يبع عرضه وعقاره وإفلاس وإن

ينتفع به من جهته على ما كان ولأن البيع واجب عليه لإيفاء دينه، فإذا امتنع ناب القاضي منابه، وإن كان معسراً لا يؤجره ليقضي من أجرته دينه أو كانت امرأة لا يزوجها ليقضي دينها من مهرها وتحبس ليقضي الدين من مهرها أو بأي طريق كان والفتوى على قولهما ا هـ. قال رحمه الله: (**ولو ماله دراهم ودينه دراهم قضى بلا أمره**) وكذا إذا كان كلاهما دنانير لأن للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه فكان القاضي معيناً له. قال رحمه الله: (**ولو ماله دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع من دينه**) وهذا بالإجماع. أما عندهما فظاهر، وأما عند الإمام فاستحسان به. والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض. وجه الاستحسان أنهما يتحدان جنساً في الثمنية والمالية ولذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة يختلفان في الصور حقيقة وحكماً. أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف يسكت عن الدائن فله الأخذ عملاً بالشبهين. قال رحمه الله: (**ولم يبع عرضه وعقاره**) وهذا عند الإمام وهو بإطلاقه صادق بحال الحياة والموت. قال في الجوهرة: وبيع القاضي عرضه وعقاره بعد الموت بالإجماع. وعندهما بيع القاضي ذلك وعليه الفتوى؛ كذا في البزازية: فعندهما يبدأ القاضي ببيع النقود لأنها مفيدة للتقليب ولا ينتفع بعينها، فإن فضل شيء من الدين بيع العروض فيها لأنها مفيدة للتقليب والاسترباح فإن لم يف ثمنها بالدين بيع العقار لأن العقار مفيد للنفي عادة فلا يبيعه إلا عند الضرورة، هذه الطريقة إحدى الروايتين عندهما، وفي الرواية الأخرى عندهما يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوي من عروضه، ثم ما لا يخشى عليه التلف منه، ثم بيع العقار ويترك عليه دست ثياب من ثياب بدنه ويبيع الباقي لأنه به كفاية. وقيل: يترك دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد من ثياب يلبسها. قالوا: إذا كان للمديون ثياب يلبسها ويكتفي بدونها يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوباً يلبيسه لأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التحمل. وعلى هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزي بدون ذلك يبيع ذلك المسكن ويوف ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكناً يسكن فيه، وعن هذا قال مشايخنا: يبيع ما لا يحتاج إليه في الحال حتى يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء. وإن أقر في حال حجره بمال لزمه ذلك بعد قضاء الدين بخلاف ما إذا استهلك مالاً لغيره وحيث يزاحم صاحب المال المستهلك أرباب الديون لأنه فعل حسي وهو مشاهد ولذا لو قلنا لو كان سبب وجوب الدين الذي أقر به ثانياً عند القاضي بعلمه أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حق الغرماء تعلق بالمال الموجود وقت الحجر دون الحادث، وينفق على المحجور

أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء.

وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه من ماله لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء.

وفي التتارخانية: إذا غاب الزوج وطلبت زوجته من القاضي أن يبيع ببيع القاضي عندهما. وفي الخانية: ولو حجر القاضي على رجل وعليه ديون مختلفة فقضى المحجور دين البعض يشاركه الباقون في ذلك ويقسم عليهم، فإن كان المحجور أسرف في الطعام والكسوة أمره القاضي أن ينفق بالمعروف. وفي الينابيع: المحجور عليه إذا تزوج امرأة وزاد في مهر مثلها جاز في مهر مثلها لأنه من الحوائج الأصلية. وفي الذخيرة: إذا باع القاضي مال المديون أو أمينه بالدين الذي ثبت عليه ببينة أو إقرار وضاع الثمن أو استحق العين المعينة فالعهدة على من باع لأجله لا على القاضي وأمينه ا هـ. قال رحمه الله: **(وإفلاس)** يعني لا يحجر عليه بسبب الإفلاس بل يحبس حتى يظهر له مال، فإن لم يظهر له أخرجه من الحبس، وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وبدين من يحبس والملازمة وصفتها في كتاب القضاء. وإذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الإخراج بل يلازمونه عند أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام «لصاحب الحق اليد واللسان» أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي. ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة. ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز لأنه تصرف في خالص ملكه ولم يتعلق لأحد حق في ماله وإنما حقه في ذمته فله أن يؤثر من يشاء من غرمائه؛ ذكره في النهاية. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً لقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] وقد ثبت عسرته فوجب انتظاره. وفي الهداية قال محمد: لمدعي أن يحبسه في بيته أو يتخذ حبسه، وفي رواية أخرى لرب الدين أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب وإن كان الملزوم لا معيشة له إلا من يده لم يكن له أن يمنعه من الذهاب والمجيء. قال رحمه الله: **(وإن أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء)** يعني لو اشترى متاعاً فأفلس والمتاع في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع، وإن كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن، وكذا إذا قبضه بغير إذن البائع كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن. وقال الإمام الشافعي: للبائع فسخ العقد وأخذ متاعه قبل القبض وبعده لما أخرجه الأمام مسلم عن أبي هريرة قال عليه الصلاة والسلام «من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو عند إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»[1]. ولأن المشتري قد عجز عن تسليم إحدى بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما إذا عجز عن تسليم المبيع. والجامع بينهما أنه

---

(١) رواه الدارمي في كتاب البيوع باب ٥١.

فصل في حد البلوغ

بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال وإلا فحتى يتم له ثمانية عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل وإلا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة ويفتي بالبلوغ فيهما

عقد معاوضة فيقتضي المساواة وإنما قوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] فاستحق النظر إلى الميسرة بالآية. فليس له المطالبة قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن، وهذا لأن الدين صار مؤجلاً إلى الميسرة بتأجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الأجل فكيف يثبت ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما. والجواب عن الحديث أنه قال «من وجد ماله» وهذا مال المشتري لا مال البائع. وإنما يصلح أن يكون حجة أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان باعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من كل الغرماء، وهو نظير ما روي عن سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال «من سرق ماله أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق به ويرجع المشتري على بائعه بالثمن» رواه الطحاوي. وقوله «عقد معاوضة» فيقتضي المساواة قلنا: يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو لكل واحد منهما ولئن سلمنا أنه يفيد التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل إلى الميسرة ولو قال ولو تسلم متاعاً بإذن بائعه إلى آخره كان أولى ولا فائدة شرط التسليم والإذن فتأمل والله تعالى أعلم.

فصل في حد البلوغ

البلوغ في الغة الوصول. وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر. ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان النهاية بهذا الفصل. قال رحمه الله: **(بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والانزال وإلا فحتى يتم له ثمانية عشر سنة)** الحلمُ بالضم ما يراه النائم، أما الاحتلام فلما روي عن علي بن أبي طالب قال: حفظت من رسول الله ﷺ لا يتم بعد احتلام ولا قوم إلى الليل رواه أبو داود. والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الانزال. وأما السن فلما روي عن ابن عمر قال: عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني. وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني. فالظاهر أن عدم الإجازة لعدم البلوغ والإجازة للبلوغ وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وهو قول الإمام الشافعي ورواية عن أبي حنيفة. وعن الإمام في الغلام تسع عشرة سنة قيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لأنه لا يتم ثمانية عشر سنة وإلا ويطعن في التاسع عشرة، وقيل فيه اختلاف الروايتين حقيقة لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة. ولما كان الذكر أشرف قدم ما يتعلق به قال رحمه الله: **(والجارية بالحيض والاحتلام والحبل وإلا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة)** أما الحيض فلأنه يكون في أوان الحبل عادة فجعل ذلك علامة

بخمسة عشر سنة وأدنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين فإن راهقاً وقالا قد بلغنا صدقاً وأحكامهما أحكام البالغين.

البلوغ، وأما الحبل فلأنه دليل على الإنزال لأن الولد يخلق من ماء الرجل والمرأة غير أن النساء نشوهن وإدراكهن أسرع فزدنا سنة في حق الغلام لاشتمالها على الفصول الأربع التي منها ما يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه. قال رحمه الله: (**ويفتي بالبلوغ فيهما بخمسة عشر سنة**) عند أبي يوسف ومحمد وهذا ظاهر لا يحتاج إلى الشرح. قال رحمه الله: (**وأدنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين**) يعني لو ادعيا البلوغ في هذه المدة تقبل منهما ولا تقبل فيما دون ذلك لأن الظاهر تكذيبه. قال في العناية: ثم قيل إنما يعتبر قول بالبلوغ إذا بلغ اثنتي عشرة سنة فأكثر وقد أشار إليه بقوله «أدنى المدة» وهذه المدة مذكورة في النهاية وغيرها ولا يعرف إلا سماعاً أو بالتتبع. قال رحمه الله: (**فإن راهقاً وقالا قد بلغنا صدقاً وأحكامهما أحكام البالغين**) يقال رهق من كذا أي دنا منه، وصبي مراهق دنا من البلوغ لأنه أمر لا يوقف عليه إلا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة في الحيض والله تعالى أعلم.

كتاب المأذون

كتاب المأذون

تأخير كتاب المأذون عقيب كتاب الحجر ظاهر لأن الإذن يقتضي سبق الحجر، ولما ترتب وجوداً ترتب أيضاً ذكراً للتناسب. والكلام هنا من وجوه: الأول في معناه لغة. الثاني في دليل المشروعية. الثالث في سببه. الرابع في ركنه. الخامس في شرطه. السادس في تفسيره. السابع في حكمه. أما معناه لغة قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطة: الإذن هو الإطلاق لغة لأنه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقاً عن شيء إلى شيء كان ا هـ. وفي النهاية: أما اللغة فالإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه من أذن له في الشيء اذناً. وأبعد الإمام الزيلعي حيث قال: والإذن في اللغة الإعلام ومنه الأذان وهو الإعلام لأن الأذن من أذن في كذا إذا أباحه وأذان من أذن بكذا إذا أعلم وبينهما فرق. وأما دليل المشروعية فهو قوله تعالى ﴿وابتغوا من فضل الله﴾ [الجمعة: ١٠] وإذن الصبي والعبد في التجارة ابتغاء من فضل الله. وأما سبب المشروعية فهو الحاجة لأن الإنسان قد لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله فيحتاج أن يستعين بالعبد والصغير. وأما ركنه فقول المولى لعبده أذنت لك في هذا. وأما شرائطه ففي المحيط: شرائط جوازه فولاية الأذن على المأذون حجراً وإطلاقاً منعاً وإسقاطاً، كون المأذون عاقلاً مميزاً عالماً عارفاً بما يؤذن له وأن يعلم العبد بالإذن. وفي السغناقي: دخل في قولنا من له ولاية الإذن في التجارة المكاتب والمأذون والمضارب والشريك مفاوضة والأب والجد والقاضي والولي ا هـ. وأما حكمه قال في غاية البيان: فملك المأذون كل ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك وعزاه إلى التحفة. وأبعد صاحب النهاية والإمام الزيلعي حيث قالا: وأما حكمه فهو تفسيره الشرعي لأن حكم الشيء ما يثبت به. ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشيء ويصير أثراً مرتباً عليه لا يصلح أن يكون تفسيراً لذلك الشيء محمولاً عليه بالمواطأة. وأما

هو فك الحجر وإسقاط الحق فلا يتوقف ولا يتخصص ويثبت بالسكوت بأن رأى

تفسيره شرعاً فهو ما أشار إليه قال رحمه الله: **(هو فك الحجر وإسقاط الحق)** لأن العبد أهل للتصرف بعد الرق لأن ركن التصرف كلام معتبر شرعاً من مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يقومان بالرق لأنهما من كرامات البشر إلا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى لئلا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمة الرقيق، فإذا أذن له المولى فقد أسقط حقه فكان متصرفاً بأهليته الأصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة. أطلق في فك الحجر فشمل الكل والبعض. وقال في المبسوط: وإذا أذن أحد الشريكين لعبده في التجارة جاز في نصيبه خاصة، وليس للشريك الآخر أن يبطل الإذن وما لحقه من دين التجارة فهو على نصيبه خاصة، ولو لحقه دين التجارة وفي يده مال التجارة قضى من ذلك دينه والباقي بينهما نصفين لأنه حصل من كسب العبد. ولو وهب له أو اكتسب قبل الإذن أو تصدق عليه أو بعد الإذن فهو بينهما نصفين، ولو اختلفا في الكسب الذي في يده فقال الآذن والعبد إنه استفاده بالتجارة وقال الساكت إنه استفاده بالهبة، فالقول قول الآذن والعبد ويصرفه في دينه استحساناً لأن العبد هو الكاسب وهو أعلم بحال كسبه. ولو استهلك مالاً كان عليهما إذا ثبت بالبينة أو بالمعاينة ويتعلق بجميع رقبته ولو أقر باستهلاك ما كان على الآذن خاصة. ولو أذن رجل بنصف عبده كان مأذوناً في كله لأن الإذن لا يتجزئ، ولو أذن أحد الشريكين ثم اشترى نصيب الآخر فتصرف وهو لا يعلم فالدين كله في النصف الأول، ولو علم بتصرفه ففي جميع الرقبة. ولو أذن لعبد لا يملكه ثم ملكه فإنه لا يصير مأذوناً، ولو أخبر شريكه أهل السوق أنه لا يرضى بإذن شريكه ثم رأى العبد يتصرف لم يصر مأذوناً استحساناً. قال أحدهما لشريكه ائذن لنصيبك فأذن له فهو مأذون كله لأن الإذن مما لا يتجزئ فصار كأنه قال لصاحبه ائذن لجميع العبد. قال في الكفاية: إسقاط الحق وهو حق المولى في مالية الكسب والرقبة فإنه ممتنع تعلق حق الغير بهما صوناً لحق المولى وبالإذن أسقط حقه.

قال صاحب الإصلاح والإيصاح: المراد بالحق ههنا حق المنع فلا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لأن حق المنع التعلق بالعبد وهو حق المولى لا حق غيره فإن معنى حق المنع هو منع التصرف على أن تكون الإضافة بيانية، ومعنى حق المولى هو حق للمولى على أن تكون الإضافة بمعنى اللام، وبيان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف إنما يكون للمولى لا لغيره فكان جقاً له قطعاً. وأما ثانياً فلأنه إن أراد بقوله لأن حق المولى لا يسقط بالإذن أنه لا يسقط به أصلاً ممنوع، وإن أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما إذا لم يحط الدين بما في يده ورقبته فمسلم ذلك إلا أنه لا يجدي نفعاً لأنه ليس المراد بالإسقاط إسقاط بالكلية بل المراد إسقاطه في الجملة. وأما اختصاص حق المولى بإذن العبد فلا يضر لأن المقصود بالذات في

....

كتاب المأذون بيان أذن العبد، وأما بيان إذن الصبي فعلى سبيل التبعية، ويجوز أن يكون مدار ما ذكر في تفسير المأذون في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون وهو إذن العبد. ولقائل أن يقول: إن أريد إسقاط الحق بجملته وفك الحجر برقبته فهو ممنوع ولو كان كذلك تصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعاً، وإن أراد أنه إسقاط وفك في الجملة فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعي إذ لا يلزم منه إسقاط وفك في جميع التصرفات حتى يكون مأذوناً في جميعها. قيل: المراد إسقاط وفك في بعض معين من التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات فلو قال فك الحجر ومنع إسقاط في نوع لكان أولى فتأمل. قال رحمه الله: **(فلا يتوقف ولا يتخصص)** يعني لا يتوقف بزمان ولا مكان ولا يتخصص بنوع من أنواع التجارة عندنا لما ذكرنا من تفسيره. وقال الإمام الشافعي وزفر: هو عبارة عن توكيل وإنابة فينفذ عندهما ويتخصص، وعندهما يتصرف بأهلية نفسه وحق المولى قد أسقطه والساقط لا يعود كما إذا رضي المستأجران يؤجر عبده من شخص بعينه دون غيره والإسقاط لا يقبل التقييد دون غيره كالطلاق والعتاق. ولو أسلم البائع المبيع إلى المشتري قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعاً من التصرف دون غيره فإنه لا يعتبر تقييده لأنه إسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف إذن القاضي فإنه بمنزلة الوكيل؛ ذكره قاضيخان في فتاواه كذا ذكره الشارح. وفي المحيط: يجوز الإذن للصبي العاقل في التجارة من الأب والقاضي ولا يجوز تخصيصه بنوع دون نوع كالعبد، لا يقال لو كان إسقاطاً لماء ملكه بهبة لأنا نقول ليس بإسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعاً فيما لم يوجد. لا يقال هو وليس بأهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلاً لنفس التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فإذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعاً كطلاق الصبي لأنا نقول: حكمه ملك اليد وهو أهل لذلك كالمكاتب. قال في العناية: وصحح المصنف كونه إسقاطاً عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال: فإن قيل قوله فك الحجر وإسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه؟ وأجيب بوجهين: أحدهما أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه ليس بالاستدلال وإنما هو الصحيح للنقل بما يدل على أنه عندنا تعرف بذلك كما أشرنا إليه. الثاني أن من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً. قال في المحيط: فيبيع من المولى ويشتري منه ويطالبه بإيفاء الثمن على وجه لو امتنع يحبس. ولو قال أذنت لك في الخياطة أو الصباغة أو في عمل آخر فهو مأذون في جميع الأوقات ما لم يحجر عليه، ولو قال اتجر في البر ولا تتجر في البحر لا يصح نهيه. ولقائل أن يقول: إن أريد بقوله فلا تخصيص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك. أطلقه ولم يقيده بنوع فهو يسلم لكن لا يجدي طائلاً لأن ما نحن صورة التقيد وإن أريد أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وإن قيده بذلك فهو ممنوع، كيف وهذا يتوقف تمامه على أول المسألة هو أن يكن الإذن في نوع من

عبده يبيع ويشتري قال رحمه الله: فإن أذن له عاماً لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري

التجارة اذناً في جميعها فيؤدي إلى المصادرة على المطلوب.

قال صاحب العناية: ونوقض بالإذن في النكاح رعاية الحجر وإسقاط الحق، وإذا أذن له أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها. وأجيب أن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي والرق أخرج العبد من أهل الولاية فلأن يجيزه المولى على النكاح مخصص بخلاف البيع. والإذن على نوعين: عام وخاص. فالعام أن يقول لعبده أذنت لك في التجارة أو قال اتجر، ولو قال أدّ الي ألفاً وأنت حر يصير مأذوناً في التجارة، وكذا لو قال اكتسب وأدّ ذلك. وقوله أد ألفاً وأنت حر بمنزلة ما إذا قال إن أديت ألفاً فأنت حر لأن جواب الأمر بالواو كالفاء بخلاف ما إذا قال أدّ ألفاً أنت حر. ولو أذن لعبده ولم يعلم العبد بالإذن ولا أحد من الناس فتصرف ثم علم لم يجز لعدم علمه. ولو قال لقوم بايعوه فبايعوه ولم يعلم العبد بذلك فهو مأذون. وذكر في الزيادات: ولو قال لرجل بع عبدك هذا من ابني الصغير فباعه منه وقبل الابن إن علم بأمر الأب جاز، وإن لم يعلم لم يجز قبل الإذن على الروايتين. والفرق بين الروايتين إن إذن الصبي توكيل وليس بإذن في التجارة لأنه فوض إليه عقد واحد وبتفويض عقد واحد لا يثبت الأذن، وفي مسألة المأذون إذن لا توكيل لأنه فوض إليه عقوداً متكررة فيجوز أن يثبت الإذن ضمناً للأمر بالمبايعة في عقود متكررة بدون علمه وإن لم يثبت مقصوداً بخلاف العقد الواحد، ولو لم يبايعه أحد منهم وبايعه من لم يأمره المولى لم يصر مأذوناً لأن الإذن إنما يثبت في ضمن أمره بالمبايعة. ولو دفع له حماراً ليكريه ويبيع عليه صار مأذوناً والإذن يصح تعليقه بلا شرط وإضافته إلى الزمان كالطلاق والحجر والعزل لا يصح تعليقهما ولا إضافتهما كالنكاح، وأما الإذن الخاص فلا يكون به مأذوناً كما لو أمره بشراء ثوب للكسوة أو لحم للأكل لأن هذا استخدام فلا بد من فاصل بين الاستخدام والتجارة وهو أن الأمر بعقد مرة بعد مرة استخدام والأمر بعقود متعدده يعد تجارة لأنه يدل على أنه للربح. ولما بين المؤلف الإذن الصريح شرع في الإذن دلالة ا هـ. قال رحمه الله: **(ويثبت بالسكوت بأن رأى عبده يبيع ويشتري)** يثبت الإذن للعبد بسكوت المولى عند ما يراه يبيع ويشتري ولم يتقدم قرينة بنفيه. ولا فرق بين ذلك أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو لغيره بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً؛ كذا في الهداية وغيرها. وقال قاضيخان في فتاواه: إن رآه يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لم يكن إذناً، وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع فسكت لا يبطل الرهن. وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن؛ كذا نقله الإمام الزيلعي. وظاهر كلامه أنه فهم المخالفة بين كلام الهداية وقاضيخان وليس كذلك، فقول قاضيخان لا يصير إذنا أي في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت ويصير إذناً فيما بعده ويدل عليه ذكر المرتهن. قال في البدائع: والإذن بطريق الدلالة كما إذا رأى عبده يبيع

....

ويشتري يصير مأذوناً في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت. وقال محمد رحمه الله: وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري الخمر أو الخنزير فسكت يصير مأذوناً في التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء فكذا هنا، فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان على خلاف ما ذكر محمد في الأصل؟ وفي المحيط البرهاني قال محمد في الأصل: إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه عن ذلك يصير العبد مأذوناً في التجارة عند علمائنا الثلاثة، وإذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان ماله يصير مأذوناً في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى. وفي قاضيخان: إذن الصغير في التجارة وأبوه يأبى صح إذن القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت لم يكن إذناً ا هـ. فهم بعض أهل العصر أن سكوت القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري لا يكون اذناً بخلاف سكوت المولى كما فهم الإمام الزيلعي كما تقدم وليس كذلك، بل المراد لا يكون إذناً في الذي سكت عنده ويكون إذناً في الذي بعده كما تقدم، ولو أمره المولى أن يبيع متاع غيره يصير مأذوناً، ولو رأى عبده يشتري شيئاً ويبيع في حانوته فسكت حتى باع متاعاً كثيراً من ذلك كان إذناً ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع. ولو رأى المولى عبده يشتري شيئاً بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه يصير إذناً، فإن كان هذا الثمن من مال المولى كان للمولى أن يرده ولا يبطل البيع بالاسترداد، ولو أن رجلاً أجنبياً دفع إلى عبده مالاً ليبيعه فباعه والمولى يراه ولم ينهه كان إذناً ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع. واختلفوا في عهدة البيع؛ قيل يرجع إلى الآمر، وقيل إلى العبد.

وفي المحيط: وإن لم يره المولى جاز البيع والعهدة على صاحب المتاع لأن عهدة العبد المحجور متى توكل عن غيره يكون على الموكل. ولو اشترى عبداً على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه فإن لحقه دين فهو نقض للبيع وإلا فلا، وإن تم البيع فهو محجور عليه. والفرق أن الإذن لا ينافي في خيار البائع لأن الإذن مع خيار البائع يجتمعان ويفترقان، فمن باع عبداً مأذوناً على أنه بالخيار بقي العبد مأذوناً له في مدة الخيار فلم يكن إذن البائع منافياً خياره فبقي خياره، وأما الأذن مع خيار المشتري لا يجتمعان فإن من اشترى مأذوناً على أنه بالخيار بطل الإذن، وإن أذن المشتري بالخياره سقط خياره، وإن كان العبد اكتسب شيئاً فهو للمشتري، فإن اكتسب بعد القبض طاب، وقبل القبض يتصدق به؛ قيل هذا قولهما، وعند الإمام الكسب للبائع ا هـ. وقال الإمام الشافعي وزفر: لا يثبت الإذن بسكوت المولى فيما ذكرنا لأن السكوت يحتمل الرضا الرد فلا يثبت بالشك كما لو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينهه أو رأى القاضي الصبي والمعتوه ولم يكن لهما ولي أو عبدهما، وكذا إذا رأى العبد يتزوج أو الأمة تتزوج، وكذا لو تلف مال غيره وهو ينظر لم يكن ذلك إذناً. قلنا: هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه ويؤدبه فإذا سكت دل على رضاه به وصار إذناً له لأجل دفع الضرر فصار كسكوت النبي عليه الصلاة والسلام

. . . .

عند أمر يعاينه، وكسكوت البكر والشفيع والمولى العديم عند ما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما إذا أكره لأنا لو جعلناه إجازة حصل ضرر عظيم، وبخلاف القاضي فإنه لا حق له في مالهما فلا يكون سكوته إذناً فلا بد من التصريح. قال في العناية: فإن قيل: عين هذا التصرف الذي يراه يبيع فيه غير صحيح فكيف يصح غيره؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي يراه يبعه محقق بإزالة ملكه عن بائعه في الحال فلا يثبت، وفي غيره ليس محققاً لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فصح فيه النهي. قيدنا بقولنا «ولم يتقدم قرينة تنفيه» قال في المحيط: لو قال لأهل السوق إذا رأيتم عبدي هذا يتجر فإني لا آذن له ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذوناً له لأنه متى أعلمهم بالنهي لم يصر مأذوناً له بالسكوت ا هـ. ولو عبر بأن قال بعد السكوت لكان أولى. قال رحمه الله: **(قال رحمه الله: (فإن أذن له عاماً لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري)** وعبر بالفاء دون الواو لأنها تقيد التفسير، ولو قال فإن أذن بعقود لا يعقد لكان أولى لأنه يفيد الإذن العام والخاص والفارق بينهما ولأنه علم من الأول ضمناً لأنه إذا قال لعبده أذنت لك في التجارة يكون عاماً لأن التجارة اسم جنس محلى بالألف واللام فكان عاماً فيتناول جميع الأعيان كما لو أعطى العبد ثوباً وأمره مولاه ببيعه كان إذناً لأنه لا يمكن حمله على الاستخدام، فإذا صار مأذوناً له في جميع التجارات كان له أن يبيع ويشتري وإن كان فيه غبن فاحش عند الأمام. وقالا: لا يجوز بما لا يتغابن فيه لأنه تبرع وهذا لا يجوز من الأب والوصي والقاضي، ولأن المقصود من التجارة الاسترباح وهذه خاسرة. وللإمام أن هذه تجارة لا تبرع لأنه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن شيء له حكم ذلك الشيء بخلاف الأب والوصي والقاضي لأن تصرفهم مقيد بالنظر، ولأن البيع بالغبن الفاحش من صنع التجارة لاستجلاب قلوب الناس ليربحوا في صفقة أخرى، وعلى هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما. ولو مرض العبد المأذون له وحاباً فيه يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لأن الاقتصار في الحر على الثلث لأجل الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لأنا نقول: رضي بسقوط الأذن فصار كالوارث إذا سقط حقه بخلاف غرمائه لأنهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا ينفذ محاباته في حقهم، وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة وإلا فرد البيع كما في الحر. هذا إذا كان المولى صحيحاً، وإن كان مريضاً لا تصح محاباة العبد إلا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لأن المولى باستدامة الإذن بعد ما رضي أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرف المولى، والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء، فلا ينفذ الكل إلا من الثلث.

قال في المحيط: لو اشترى المأذون عبداً شراء فاسداً فأغل عبده كانت الغلة له ولا يتصدق بها، ولو رده على بائعها رده مع الغلة ويتصدق البائع بها. وقيل: عند الإمام لا يرد

الغلة لأن الأصل يكون عنده الكسب لمن كان له الملك في الأصل، وعندهما الكسب متى حدث قبل تقرر الملك يدور النماء بدوران الأصل بخلاف تلك المسألة لأنه حين حدث الكسب في يد البائع لم يكن له حق الملك وهو حق الاسترداد حتى يسدي الحق إلى الكسب. والفرق بين البائع والمأذون وإن استفاد كل واحد منهما الكسب بملك خبيث أن العبد ليس من أهل الصدقة فلا يتصدق، والبائع من أهلها فيتصدق. اشترى من العبد بيعاً فاسداً ثم باعه من مضارب العبد جاز ولم يكن فسخاً للبيع الأول كما لو باع من أجنبي فلا يثبت النقص بالشك. ولو باع جارية بعبد ودفع الجارية ولم يقبض العبد حتى حدث بها عيب فلا يخلو إما أن تعيب قبل هلاك العبد أو بعده، وكل وجه لا يخلوا من ثلاثة أوجه: إما إن تعيب بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي، أما إذا حدث بها عيب بآفة سماوية بأن ذهبت عينها ثم هلك العبد فالمأذون بالخيار إن شاء قبض جاريته ولا يتبع بنقصانها، وإن شاء ضمنه قيمة جاريته يوم قبضها لأن الجارية حين قبضت كانت مضمونة بالعبد لا بالقيمة لأن النقصان حدث في ملك صحيح للمشتري، والملك متى كان صحيحاً كان مضموناً على القابض ضمان عقد وهو الثمن والأوصاف لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد لأنه وجب على مشتري الجارية رد الجارية كما قبض سليمة عن العيب، وكان عليه رد قيمتها يوم قبضها لأنها دخلت في ضمانه يوم القبض. ولو هلك العبد ثم ذهبت عينها فإن أخذها ضمنه نصف قيمتها لأن العبد لما هلك صارت الجارية مضمونة على مشتريها بالقيمة، ولأن النقصان إنما حدث بعد فساد الملك فيها لأن الملك قد فسد في الجارية بهلاك العبد، والملك الفاسد مضمون على القابض بالقبض لا بالعقد، والأوصاف تفرد بالقبض فيفرد بضمان القبض كما في الرهن والغصب. وأما إذا تعيب بفعل المشتري بأن قطع يدها أو فقأ عينها فهو كما لو تعيب بآفة سماوية في التضمين لأن المشتري جنى على ملكه وجناية المالك على مملوكه هدر فلم يخلف بدلاً فصار كأنه مات بآفة سماوية، وإن تعينت بفعل أجنبي بأن قطع يدها أو وطئها بشبهة فأخذ أرشها وعقرها أو ولدت من غير سيدها؛ فإن كان قبل هلاك العبد لم يكن للعبد إلا قيمتها يوم العقد لأنه لما هلك العبد فسد البيع في الجارية فوجب على مشتري الجارية ردها للفساد وقد عجز عن ردها حكماً لأنه حدث بعد القبض زيادة منفصلة من الجارية في ملك صحيح، ومثل هذه الزيادة تمنع انفساخ الملك في الأصل، فإذا تعذر فسخ البيع في الجارية صار المشتري عاجزاً عن رده قيمتها. وإن كان بعد هلاك العبد أخذ الجارية وعقرها وولدها وأرشها إن شاء من المشتري، وإن شاء من الجاني لأن الزيادة المنفصلة لا تمنع انفساخ البيع في ملك فاسد كما لو وقع البيع في الجارية فاسداً في الابتداء ثم حدث منها زيادة منفصلة كان للبائع حق الاسترداد في الأصل فسرى ذلك الحق إلى الزوائد، ثم إن شاء ضمن المشتري لأن النقصان لو حدث بآفة سماوية كان له تضمينه فإذا حدث بفعله أولى، فإن شاء ضمن الجاني

....

لأن الجاني صار جانباً على ملكه لإعادة الجارية إلى قديم ملكه بالفسخ. ولو حدث بها عيبان أحدهما قبل هلاك العبد والثاني بعد هلاكه فعلى هذا القياس لأن العيبين لو حدثا قبل هلاك العبد يتخير المأذون حتى لو اختار أخذ الجارية لا يكون له ضمان النقصان، ولو حدثا بعد هلاك العبد متى أخذ الجارية فله تضمين نقصان العيبين جميعاً، فإذا حدث أحدهما قبل هلاكه والآخر بعد هلاكه كان لكل واحد منهما حكم نفسه.

هذا كله إذا تعيبت الجارية في يد مشتريها، وأما إذا حدث فيها زيادة فلا يخلو إما إن كانت الزيادة منفصلة كالولد والأرش، أو كانت متصلة كالسمن والجمال. فإن كانت منفصلة، فإن ولدت قبل هلاك العبد ثم مات العبد ينظر؛ إن كان الولد قائماً ليس للمأذون أخذ الجارية لأن الزيادة المنفصلة الحادثة بعد القبض في ملك صحيح تمنع انفساخ العقد في الأصل، وإن هلك الولد والأرش كان للعبد أن يأخذ الجارية ولا يتبعه بنقصان الولادة والجناية إن شاء وإن شاء ضمنه قيمتها لأن المانع من انفساخ العقد قد ارتفع وهو الزيادة فصارت كأنها لم تكن والنقصان قائم لأن الولادة في بنات آدم سبب النقصان وأنه عيب على كل حال فله أن يضمنه قيمة الجارية. ولو كان مكان الجارية شاة فنتجت في يده قبل هلاك العبد لم يكن للعبد خيار ويأخذ الشاة لأنه لا نقصان لأن الولادة في البهائم ليست بعيب. وإن هلكت الزيادة بفعل أجنبي فهو كما كان الولد قائماً لأن الولد مات وأخلف بدلاً، والفائت إلى خلف كالقائم حكماً. وإن هلكت بفعل المشتري بأن أعتق المشتري أو ولد الجارية ثم هلك العبد لم يكن للمأذون على الجارية سبيل لأن الولد يسلم للمشتري من وجه فإن مولى له يرث منه إذا مات ولم يكن له عصبة أقرب منه فيؤدي إلى الربا فلا يجوز فسخ العيب في الجارية، فإن مات الولد المعتق وترك ولداً كان للعبد أن يأخذ الجارية إن شاء ولا يتبعه بنقصانها، وكذلك إن ترك ولداً لا يخير ولاؤه المشتري بأن كان المعتق تزوج بأمة لرجل وحدث منها ولد ثم أعتق مولى الأمة الولد لأن المانع من فسخ العقد في الجارية هو الولد وقد زال هذا المانع بلا خلف وهذه الزيادة من خصائص مسائل هذا فيجب حفظها. وكذلك إذا قتل الولد المشتري فله الخيار بين الفسخ والتضمين، وهذا لا يشكل على الرواية التي قال بأن الولادة عيب لازم في بنات آدم وذلك لأن القتل بمنزلة الموت لأن المقتول ميت بأجله، ولو مات الولد في يد مشتري الجارية يتخير المأذون فكذا هذا. وإنما يشكل على الرواية التي قال بأن الولادة ليست بعيب إذا لم توجب نقصاناً لأن الولد مات ولم يخلف بدلاً لأن المشتري جنى على ملكه الصحيح وجناية المالك على ملكه هدر فصار كما لو مات الولد حتف أنفه. والجواب عنه أن الولد مات وأخلف بدلاً من دمه لأن جناية المشتري على الولد إنما تكون ملاقياً ملكه ما دام ملكه في الجارية متقرراً، فأما إذا انفسخ ملكه في الجارية بأن أخذ الجارية ولم يضمنه النقصان كانت الجناية على الولد ملاقياً ملك المأذون من وجه لأن الولد تبع

. . . .

للجارية لأنه متولد ومتفرع عنها، ولهذا ملك بسبب ملك الجارية وانفساخ الملك في الأصل يوجب انفساخ الملك في التبع فصار جانياً على ملك المأذون على هذا الاعتبار فيضمن قيمة الولد من وجه فصح أن الولد مات وأخلف بدلاً من وجه فيتخير، وإن شاء أبرأه عن قيمة الولد ويأخذ الجارية، وإن شاء لم يبره وضمنه قيمة الجارية. وأما إذا كانت الزيادة متصلة بأن ازدادت الجارية حسناً وجمالاً أو ذهب البياض الذي في عينها قبل هلاك العبد أو بعده أخذها بزيادتها، وقيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا يجوز استردادها قبل هلاك الغلام لما عرف من اختلافهم في الصداق زاد في يده بعد القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يكون للزوج رد نصف الصداق إلا برضا المرأة عندهما، وقيل هذا قولهم جميعاً، فهما فرقا بين هذه المسألة ومسألة الصداق. والفرق أن في الصداق حق المرأة في الزيادة ولو بطل فإنما يبطل قصداً بإيقاع الزوج بالطلاق وهو لا يملك إبطال حقها قصداً، فأما حق مشتري الجارية في الزيادة لو بطل فإنما يبطل حكماً لا بقصد المأذون لأن بطلان حقه في الزيادة مضاف إلى موت الغلام، وموت الغلام ما كان بصنع المأذون وقد ثبت حكماً للشيء وضرورة ثبوته وإن كان لا يثبت قصداً. والأصح أن هذا على الخلاف لأنه ذكر بعد هذا أن العبد لو لم يمت لكن حدث به عيب فرد العيب كان للمأذون أن يسترد الجارية وإن كانت الزيادة المنفصلة حدثت قبل الرد فحق الرد وحق مشتري الجارية في الزيادة، هذا لو بطل إنما يبطل قصداً لأنه يبطل برد العبد ورد العبد كان بقصده، وبين أن الرد بخيار الرؤية والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الموت من حيث منع فسخ العقد لأن العقد ينفسخ بهذا الرد كما ينفسخ بموت العبد قبل القبض. ولو كان العبد المأذون باع بالخيار ثلاثة أيام في الذي اشتراه وولدت الجارية في يد المشتري منه أو من غيره أو قطع يدها، فإن رد العبد بخياره أخذ الجارية وأرشها وعقرها وولدها لأن اشتراط الخيار في العبد اشتراط الخيار في الجارية لأن الخيار إنما يشترط للفسخ ولا يمكنه فسخ العقد في أحد البدلين دون الآخر فيكون اشتراط الخيار في أحد البدلين اشتراطاً للخيار في الآخر، ولهذا لو أعتق مشتري الجارية بعد القبض لا ينفذ عتقها لأن للبائع خيار شرط في الجارية والمشتري متى قبض المتشري وللبائع فيه خيار شرط يكون المشتري مضموناً عليه بالقيمة، ولو لم يقبض الجارية حتى أعتقها قبل هلاك العبد جاز عتقه، فإن أعتقها بعد هلاك العبد لم يجز عتقه لأن قبل هلاك العبد عتق ملك نفسه لأن البيع صحيح في الجارية وبعد هلاك العبد فسد البيع في الجارية، والبيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك. ولو قبض الجارية ووجد المأذون بالعبد المبيع عيباً قبل القبض أو بعده فرده بقضاء أو رضا أو خيار رؤية أو شرط ثم أعتق الجارية لم يجز عتقه، وكذا لو تقايلا انفسخ العيب من كل وجه فزالت الجارية عن ملكه فصار معتقاً ما لم يملك فإذا بهلاك العبد لا ينفسخ وإنما يفسد، فمتى

ويوكل بهما ويرهن ويسترهن ويستأجر ويضارب ويؤجر نفسه ويقر بدين وغصب

كانت الجارية في يده صار معتقاً ما يملكه فنفذ، وقيل القبض لا يملكه فلا ينفذ والله تعالى أعلم.

قال محمد في الأصل: وإذا اشترى المأذون جارية بألف درهم وقبضها ووهب البائع ثمنها من العبد وقبل العبد ذلك فهي جائزة. وأراد بقوله «قبل» أي لم يرد. وكذا لو وهب من المولى فإن باع العبد المأذون عبداً بجارية وقبض بائع العبد الجارية ثم وهب العبد من المأذون ثم وجد المأذون بالجارية عيباً ليس له أن يردها بالعيب عند علمائنا استحساناً، فلو وهب المأذون العبد قبل أن يقبض المأذون الجارية وقبل البائع فهو جائز وكان إقالة للبيع؛ هكذا ذكر في الكتاب. قال الفقيه أبو بكر البلخي: هذا قول الإمام ومحمد. وعلى قول أبي يوسف لا يكون إقالة فإن لم يقبل المشتري الهبة فهبة العبد باطلة، ولو كان مشتري الجارية هو الذي وهب الجارية من المأذون قبل أن يقبضها وقبلها المأذون فالهبة جائزة، وكذا إذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض، وأما إذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض فأمره بالقبض فقبض هل تصح الهبة؟ هذا على وجهين: إما أن يكون على العبد دين أو لا، فإن لم يكن على العبد دين فالهبة جائزة ويكون إقالة للبيع، أما إذا كان على العبد دين فإنه لا تجوز الهبة ولا يكون إقالة حتى كان للعبد أن يأخذ الغلام من المشتري. قال رحمه الله: **(ويوكل بهما)** أي يجوز أن يوكل بالبيع والشراء لأنهما من توابع الإجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج إلى المعين. وأطلق في قوله «يوكل» فشمل ما إذا كان عليه دين أو لا، كان الدين مستغرقاً أو لا، وكل المولى أو غريم العبد مع أن الظاهر إذا لم يكن عليه دين لا يصح توكيل المولى لأن المولى أصيل في التصرف ولا ينفذ توكيل غريم العبد لأنه ربما يقبض لنفسه فيتضرر البقية، فلو قال «ويوكل غير غريم ومولى حيث لا دين» لكان أولى. قال في المبسوط: مسائل توكيل المأذون على وجوه: أحدها في توكيل المأذون. الثاني في توكيل غريم مولاه بالخصومة، والثالث في توكيل الغريم عبداً لمولى المأذون في قبض ما على المولى من الدين. الأول وللعبد أن يوكل غيره بالبيع والشراء بنقد أو نسيئة لأنه من صنيع التجار، وإن وكل عبداً مأذوناً حراً ببيع متاعه فباعه من رجل له على المأمور دين صار قصاصاً عندهما خلافاً لأبي يوسف، لأن عندهما الوكيل يملك إبراء المشتري عن الثمن وعنده لا. والوكيل مع الموكل إذا باعاه معاً فبيع الموكل أولى. الثاني إذا كان على العبد دين فوكل الغريم مولاه بقبضه لم يجز ولم يبرأ العبد من الدين لأن المولى في قبض الدين من عبده عامل لنفسه. والأصل أن العامل لنفسه لا يصلح أن يكون نائباً عن غيره. وذكر في كتاب الوكالة أنه يصح قبضه، فإن عاين الشهود قبضه رده إن كان قائماً، وإن هلك لم يضمن لأن قبضه بإذن المديون والغريم. الرابع في توكيل الشريك العبد والأجنبي المولى في دينهما فالأول للعبد التاجر

....

ولرجل آخر على رجل ألف درهم فوكل الشريك العبد بقبضه لم تجز الوكالة وما قبضه يكون بينهما نصفين، ولو هلك المقبوض في يده هلك من مالهما. الثاني من الثالث إذا كان للمأذون ولشريكه على رجل ألف درهم مجحدها فوكلا المولى بالخصومة مع غريمها جاز كما لو وكل المأذون مولاه بالخصومة، وإن أقر المولى في مجلس القاضي بإيفاء الخصم لهما جاز إقراره كان على العبد دين أو لا لأن إقرار الوكيل على الموكل بالخصومة على موكله جائز. ثم هل يرجع أحد الشريكين على صاحبه؟ لا يخلو إما إن كذبا الوكيل في إقراره أو صدقاه أو كذبه أحدهما وصدقه الآخر، فإن صدقاه في إقراره فلا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء، وكذا إن كذباه. وإن صدقه أحدهما وادعى على العبد ديناً رجع الشريك في رقبته بنصف حصته، وإن كان على دين لم يرجع على العبد ولا على مولاه حتى يقضي دينه، فإن فضل فيصح فيما يفضل عن دين الغريم. وإن صدقه الشريك وكذبه العبد لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء، سواء كان على العبد دين أو لا. ولو وكل الشريك العبد بالخصومة فأقر أن الشريك قد استوفى حقه برئ الغريم من نصف الدين ولا ضمان على العبد ويقبض العبد نصف الدين ويكون بينه وبين شريكه. ولو ادعى شريك العبد أن العبد قبض حقه فوكل العبد مولاه بخصومته أو بعض غرمائه فأقر الوكيل باستيفاء العبد فللشريك أن يأخذ العبد بربع الدين ويرجع على المديون بربعه، وكذا لو أقر العبد بذلك. وإذا وكل مأذوناً يشتري له بالنسيئة لم تجز الوكالة ولو لم يذكر النسيئة جاز استحساناً، فإذا حل الأجل يكون للبائع أن يأخذ الثمن من العبد ثم يرجع العبد بما أدى على الموكل. ولو كان الوكيل صبياً أو محجوراً أو معتوهاً ثم أدرك أو أفاق لم تعد العهدة إليه لأنهما وقت العقد ليس من أهل العهدة بخلاف الوكيل إذا جن فأفاق أو أسلم المرتد تعود العهدة عليهما لأنهما وقت العهدة من أهلها. الخامس لو كان على المولى دين لرجل فوكل عبده بقبض ذلك جاز، فإن أقر بقبض ذلك والهلاك في يده صدق لأن العبد فيما يقبض عامل لغيره لا لنفسه، لرجل على عبدين مأذونين في التجارة دين فوكل أحدهما بقبضه جازت الوكالة لأن العبد يصلح وكيلاً للأجنبي بقبض الدين من مولاه، ولو أقر بقبضه صدق فيه مع يمينه، وإن نكل عن اليمين لزمه ذلك. على العبد دين فوكل الغريم ابن العبد أو أباه أو عبد أبيه أو مكاتبه فأقر الوكيل بقبض ذلك صدق لأنه لو وكل عبده بذلك جاز، فلو وكل ابنه بذلك لكان أولى.

قال رحمه الله: (ويرهن ويسترهن) لأنهما من توابع التجارة لأنهما إيفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك. قال في الأصل: إذا كان على العبد دين فرهن به رهناً ووضعاه على مولاه وهلك في يده لم يبطل دين الغريم وهلك الرهن من مال العبد لأن المولى لا يصلح وكيلاً بقبض الدين من عبده فكذا لا يصلح عبده، ولو لحق المأذون دين فأراد أن يرهن عبداً من بعض الغرماء فللباقين المنع لأن الرهن إيفاء حكماً اهـ. وأطلق قوله «يرهن» فشمل ما إذا كان

. . . .

عليه دين أو لا، كان مستغرقاً أو لا. رهن عند المولى أو عند بعض الغرماء. أما إذا لم يكن عليه دين لا يصح إن برهن من المولى، وكذا لو لم يكن عليه دين لأنه إذا لم يصلح أن يكون عدلاً لا يصلح أن يكون مرتهناً، فلو رهن من بعض الغرماء يتوقف كما ذكر في الأصل. قال رحمه الله: **(ويستأجر ويضارب)** لأنه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذاً ودفعاً، وكذا الإجارة بأن يؤجر غلمانه ويستأجر أحراراً وله أن يدفع الأرض مزارعة ويأخذها ومساقاة لأن كل ذلك من عمل التجار قال عليه الصلاة السلام «الزارع تاجر ربه» وله أن يشتري طعاماً ويزرعه فيها ويستأجر البيوت والحوانيت ويؤجرها لما فيه من تحصيل المال ويشارك شركة عنان ولا يشارك مفاوضة لأنها تنعقد على الوكالة والكفالة، والكفالة لا تدخل تحت الإذن فلو فعلا ذلك كانت عناناً لأن المفاوضة عنان وزيادة فصحت بقدر ما يتملكه المأذون وهو الوكالة. قال رحمه الله: **(ويؤجر نفسه)** يعني المأذون يؤجر نفسه وقد قدمناه. وقال الإمام الشافعي: لا يملك ذلك لأن الإذن لم يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يملك أن يبيع نفسه ولا أن يرهنها. قلنا الإذن يتضمن اكتساب المنافع والأجارة منه بخلاف البيع أو الرهن لأنه يبطل الإذن. قال رحمه الله: **(ويقر بدين وغصب ووديعة)** لأن الإقرار من توابع التجارة لأنه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد فلا بد من قبول إمراره فيما هو من باب التجارة والإقرار بالدين منه، وكذا بالغصب لأن ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لأنه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ومن باب المعاوضة، وكذا لو أقر به أحد المتعاوضين كان شريكه مطالباً به. ولو اشترى جارية شراء فاسداً فأقر أنه وطئها يجب عليه العقر للحال لأن لزومه باعتبار الشراء إذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما إذ أقر أنه وطئها بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر في الحال في حق المولى ويؤخذ به بعد الحرية لأنه ليس من باب التجارة لأنه لا يجد بداً منه فكان من توابعها ولوازمها. وأطلق في قوله «أقر وما بعده» فشمل ما إذا أقر للمولى أو لغيره. وما إذا كان عليه دين أو لا، وما إذا كان في صحته أو مرضه أو الأول وهو ما إذا أقر للمولى. قال في المبسوط: إذا أقر المأذون بعين في يده لمولاه إن لم يكن عليه دين جاز، وكذا العبد مولاه وإلا فلا لأن الإقرار لم يلاق حق أحد وقد يفيد المولى فائدة إذا لحق للعبد دين لا يتعلق به حق الغرماء. ولو أقر بدين لمولاه لا يجوز كان عليه دين أو لا، لأن المولى لا يستحق عليه دين، ومثله لو أقر لعبد مولاه المحجور. ولو أقر لعبد مولاه المأذون بدين؛ إن كان على المقر له دين لا يصح إقراره لأنه إقرار للمولى، ولو أقر بألفين لمكاتب مولاه ولا دين عليه يصح كما لو أقر للمولى، ولو كان عليه دين لا يصح. ولو أقر بالدين لمكاتب مولاه صح كان على المقر له دين أو لا لأن المكاتب يصح أن يثبت له دين على مولاه فعلى عبد مولاه أولى. ولو أقر لابن مولاه أو لأبيه بوديعة أو دين وعليه دين صدق، ولو أقر لابن نفسه أو لأبيه أو لمكاتب أبيه لم يصح، عليه دين أو لا عند الإمام.

....

وقالا: يصح وبيان الدليل من الجانبين مذكور فيه، وأما إذا أقر لغير المولى فهو صحيح كان عليه دين أو لا.

قال في المحيط: ولو صدقه مولاه في الاقتصاص بنكاح فاسد بدأ بدين الغرماء، فإن فضل شيء أخذه سيد الأمة من عقرها لأن ضمان العقر بمنزلة ضمان الجناية، وفي ضمان الجناية لا يصدق العبد في حق الغرماء كما لو أقر بقطع يد أو رجل. ولو أقر بحرية الجارية التي في يده لا يصح لأنه لا يملك إنشاء حرية طارئة للحال فلا يملك الإقرار بها، ومتى أقر بحرية أصلية يصح لأن الحرية الأصلية غير ثابتة بإقراره بل مضافة إلى الذات. ولو اشترى عبداً من رجل وقبضه ثم أقر أن البائع أعتقه أو دبره أو استولدها ولو أمة لم يصدق ويبعها لأن أقر بحرية طارئة، فإن صدقه البائع انتقض البيع ويرد عليه الثمن لأن التصديق من البائع إقرار منه بإنشاء هذه الأشياء وهو يملك إنشاء هذه التصرفات فيملك الإقرار بها، ويصدق العبد في نقض البيع لأنه يملك نقض البيع. ولو قال باعها من فلان قبل أن يبيعها مني صدق ولا يرجع بالثمن على البائع إلا أن يأبى اليمين أو يقيم عليه البينة أو يصدقه. وذكر في الزيادات أنه لا يصح دعواه ولا تقبل بينته ولا يستحلف البائع إذا أنكر لأنه يتناقض. ولو أقر بألفين لأجنبي جاز إذا أقر مطلقاً، ويحمل على المعاوضة. ولو باع المأذون عبده فقال المشتري إنه حر وصدقه المأذون لا يصدق ونفذ عتقه على المشتري إذا أقر المأذون المديون أو غير المديون بدين كان عليه وهو محجور من غصب أو وديعة استهلكها أو مضاربة أو عارية خالف فيها، فإن كذبه رب المال وقال هذا كله في حال إذنك لم يصدق العبد في شيء منه ولزمه كله، وإن صدقه رب المال لزمه الغصب خاصة لأن الغصب يوجب الضمان للحال بخلاف غيره لأنه أضاف الإقرار إلى حالة تمنعه. ولو أذن له ثم حجر ثم أذن، فإن كان عبداً أو صبياً حراً فقال استهلكه كله في حال أذني الأول لزمه كله، صدقه المقر له أو كذبه، لأن الإقرار بهذه الأشياء في الإذن معتبرة بالإذن الأول. ولو حجر على عبده ولا مال في يده ثم أقر بعد ذلك كله أنه فعله في حال إذنه لم يلزمه إلا بعد العتق لأنه محجور أقر على نفسه، وإن أذن له مرة أخرى سئل عما أقر به؛ فإن قال كان حقاً لزمه، وإن قال كان باطلاً تأخر حتى يعتق، ومثله الصبي والمعتوه. وأما إذا كان عليه دين أو في صحته أو مرضه فقد بيناه في ضمن التقرير. وأما إذا أقر المأذون في مرض مولاه قال في المبسوط: وهو على وجهين: أحدهما أن يقر العبد، والثاني في إقرارهما. فالأول إذا أقر العبد في مرض المولى وعلى المولى دين إن كان عليه دين الصحة محيط بجميع ماله ورقبة العبد لا يصح إقرار العبد وإن كان على المولى دين المرض صح إقراره. ثم المسائل على أقسام: أما الأول إذا كان على المولى دين الصحة ولا دين على

وديعة ولا يتزوج ولا يزوج مملوكه ولا يكاتب ولا يعتق ولا يقرض ولا يهب ويهدي

العبد، أو على العبد ولا دين على المولى، أو على كل واحد منهما دين. الأول لو أقر المأذون في مرض مولاه بدين ولا دين عليه وعلى المولى دين الصحة جعل كأن المولى أقر في مرضه ويبدأ بدين الصحة كإقرار المولى على نفسه في هذه الحالة، وإن لم يكن على المولى دين في صحته فتداين في مرضه تخلصاً لأن إقرار العبد بالدين صحيح في حق غرمائه وإن تضمن إبطال حقه. الثاني لو كان على العبد دين ولا دين على المولى في صحته فإقرار العبد بذلك صحيح لأن المأذون إنما يصير محجوراً عليه في مرض سيده إذا كان على السيد دين في الصحة يحيط بماله ورقبة العبد وما في يده فيصير العبد محجوراً حينئذ. الثالث إذا كان على كل واحد منهما دين للصحة فأقر العبد بدين في مرض مولاه فلا يخلو إما أن يكون رقبة العبد وما في يده لا يفضل عن دينه أو يفضل عن دينه ولا يفضل عن دين المولى أو يفضل عنهما، فإن لم يفضل عن دينه لا يصح إقراره لأن شغل ما في يده ورقبته يمنع صحة إقراره، فإن فضل عن دينه وعلى المولى دين الصحة يكون الفاضل لغرماء صحة المولى، وأما إذا فضل عن دينهما فإنه يصح إقراره في ذلك الفاضل، ولو لم يكن على أحدهما دين فأقر المولى في مرضه بألف على نفسه ثم أقر العبد بألف تحاصا في ثمن العبد، ولو أقر العبد أولاً ثم المولى بدئ بدين العبد. وفي المحيط قال أبو يوسف: إذا أبق العبد المأذون أو حجر عليه أو باعه سيده حل الدين الذي عليه مؤجلاً، وإن أعتقه لم يحل عليه الدين وكان إلى أجله لأن بالعتق لم تنقطع ولاية التجارة بل استفادها.

قال رحمه الله: **(ولا يتزوج)** لأنه ليس من باب التجارة ولأنه فيه ضرر على المولى لوجوب المهر والنفقة في رقبته. وفي المحيط: حجر المأذون ولو اشترى المأذون أمة فتسرى بها وولدت له ثبت نسبه منه ولا يخرج الأمة وولدها من التجارة، وكذا لو تزوج أمة بغير بينة بإذن المولى لم تخرج الأمة وولدها من التجارة، فإن كان النكاح ببينة خرجت من التجارة. قال الحاكم أبو الفضل: يحتمل أن يكون هذا الجواب في أمة بأجرة اهـ. قال رحمه الله: **(ولا يزوج مملوكه)** أطلقه فشمل ما إذا كان عليه دين أو لا زوجها من المولى ولا دين عليه أو من غيره. وقال الثاني: يزوج الأمة دون العبد لأن فيه تحصيل النفقة والمهر فأشبه إجارتها ولهذا جاز للمكاتب ووصي الأب والأب. ولهما أن الإذن يتناول التجارة والتزويج ليس منها ولهذا لا يملك تزويج العبد بالاتفاق والأب والوصي تصرفهما بالنظر إلى الصغير وفي تزويج الأمة النظر المذكور، وعلى هذا الخلاف الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عناناً ومفاوضة، وما في الهداية من أن الأب والوصي على هذا الخلاف سبق قلم من الكاتب فإنه ذكر المسألة بنفسها في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافاً بل جعلهما كالمكاتب، وكذا في عامة كتب أصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة. قيدنا بقولنا

طعاماً يسيراً ويضيف من يطعمه ويحط من الثمن بعيب ودينه متعلق برقبته يباع فيه أن

زوجها من المولى ولا دين عليه لما قال في المنتقى: اشترى المأذون جارية ولا دين عليه فزوجها من المولى جاز وقد خرجت الجارية من التجارة، وليس له أن يبيعها ولا تباع للغرماء لو لحقه دين لأن المولى يملك إكساب عبده وإن كان عليه دين لم يجز النكاح، وله أن يبيعها ويبيع ولدها لأنهما ملك للعبد، وإن قضى دينه بعد التزويج فهو بمنزلة تزويجه ولا دين عليه اهـ.
قال رحمه الله: **(ولا يكاتب)** لأنه ليس من باب التجارة إذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة، ولأن الكتابة أقوى من الحجر لأن الكتابة توجب حرمة اليد في الحال وحرية الرقيق في المآل والإذن لا يوجب شيئاً من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو فوقه إلا إذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين لأن الامتناع لحقه، فإن أجازه المولى جاز. وذكر في النهاية أنه إذا كان على العبد دين قليل أو كثير فكتابته باطلة وإن أجازهما لأن قيام الدين يمنعه من ذلك قل أو كثر وهذا مشكل، لأن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لما في يده ورقبته لا يمنع الدخول في ملك المولى، وإنما الخلاف فيما إذا كان الدين مستغرقاً فعند الإمام يمنع من دخوله في ملك المولى، وعندهما لا يمنع. وإذا أدى المكاتب الدل إلى المولى قبل الإجازة ثم أجاز المولى لا يعتق ويسلم المقبوض للمولى لأنه كسب عبده.
قال رحمه الله: **(ولا يعتق)** أطلقه فشمل ما إذا كان على مال أو لا لأنه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع، وإن أجازه المولى ولم يكن عليه مال ديناً جاز وكأنه قبل العوض إليه إن كان العتق على مال فإن كان عليه دين مستغرق لم ينفذ عند الإمام، وينفذ عندهما بناء على أنه يملك ما في يده أم لا، وقدمنا لو أقر بحرية طارئة أو أصلية فراجعه. قال رحمه الله: **(ولا يقرض)** لأن تبرع ابتداء وهو لا يملك وينبغي أن يقال إذا كان درهماً فصاعداً فأما ما دونه فيجوز أن يقرض كما في الهبة. قال رحمه الله: **(ولا يهب)** أطلقه فشمل ما إذا كان بعوض أو لا لأنه تبرع ابتداء وانتهاء. أطلق في منع الهبة فشمل ما قيمته درهم وما دونه. وفي المحيط: ولا يهب هذا إذا بلغت قيمته درهم فصاعداً ويجوز هبة ما دون الدرهم لأنه من صنيع التجارة لأنه لا بد للتجارة منه ليعرف ويميل قلب الناس إليه اهـ.

قال رحمه الله: **(ويهدي طعاماً يسيراً ويضيف من يطعمه)** لأن التجار يحتاجون إليه لاستجلاب قلوب المهاجرين، وعن الثاني المحجور عليه إذا دفع إليه المولى قوت يومه فدعى بعض رفقائه عليه فلا بأس به بخلاف ما إذا دفع قوت شهر لأنهم إذا أكلوه بضر بحال المولى ولا يمكن أن يقدر الضيافة بتقدير لأنه يختلف باختلاف الناس واختلاف المال، ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها بالرغيف بدون إذن الزوج لأنه مأذون فيه عادة. قال محمد: ويتصدق المأذون بالرغيف ونحوه واستحسنوا ذلك في الطعام وفيما إذا أعار رجلاً دابة ليركبها أو ثوباً يلبسه لا بأس به. ولم يذكر في الكتاب الضيافة اليسيرة وقدرها محمد بن

....

سلمة البلخي فقال: إن كان مال التجارة عشر آلاف فالضيافة عشرة دراهم، وإن كان مال التجارة عشرة فالضيافة بدانق؛ كذا في المحيط. قال رحمه الله: **(ويحط من الثمن بعيب)** أطلقه فشمل ما إذا كان قدر العيب أو أكثر أو أقل وهو مقيد بما إذا كان قدره فلو قال بقدره لكان أولى لأنه من صنيع التجار. وقيدنا بكون الحط أنظر له من قبول العيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة إليه بخلاف المحاباة ابتداء لأنه قد يحتاج إليه التاجر، وله أن يؤجل في دين وجب له لأنه من عادة التجار، وفي المحيط: فأما إذا كان المحطوط أكثر مما يخص العيب من الثمن بحيث لا يتغابن في مثله هل يجوز؟ لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه؛ فقيل يجوز عند الإمام، وعندهما لا يجوز لأن الحط بمنزلة البيع والشراء وهو لا يملكه بالغبن الفاحش عندهما، وعنده يملكه. وقيل لا يجوز بالإجماع لأن الحط ليس بتجارة اهـ. أطلق في قوله فشمل قبل الحجر وبعده، وأطلق العيب فشمل ما إذا أقر به أو ثبت. قال في المنتقى: باع العبد المأذون عبداً في تجارته ثم حجر عليه مولاه ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فالخصم في الرد بالعيب هو العبد، وإن أقر العبد بالعيب لم يلزمه، وإن نكل عن اليمين فقضى عليه جاز اهـ. فإذا كان خصماً ملك الحط. وفي المحيط قال محمد في الأصل: إذا باع العبد المأذون عيناً وأطلع المشتري على عيب يحدث مثله وخاصم المأذون في ذلك فقبله من غير قضاء بلا يمين ولا بينة فقبوله جائز، ولو أن عبداً مأذوناً باع من رجل جارية فقبضها المشتري فوجد بها عيباً فرد القاضي الجارية على العبد وأخذ منه الثمن ثم إن العبد بعد وجد بالجارية عيباً حدث عند المشتري ولم يعلم به العبد وقت الرد ولا علم القاضي بذلك فالمأذون بالخيار إن شاء نقض البيع ورد الجارية على المشتري وأخذ منه الثمن إلا مقدار العيب الذي كان عنده، وإن شاء أجاز البيع وأمسك الجارية ولم يرجع على المشتري بنقصان العيب اهـ. ولو قال ويحط من العوض لكان أولى لأنه يشمل ما إذا باع سلعة بسلعة كان يحط منه إذا كان مكيلاً أو موزوناً، ومن القيمة إذا كان قيمياً. قال رحمه الله: **(ودينه متعلق برقبته)** وهذا عندنا. وقال الإمام الشافعي وزفر: يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالإجماع. ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات. وفي تعليقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى، وتعلقه بكسبه لا ينافي تعليقه برقبته فيتعلق بهما جميعاً، ويبدأ ببيع كسبه لأنه أهون على المولى مع بقاء حق الغرماء. قال في العناية: فإن لم يكن له كسب تعلق الدين برقبته اهـ. فلو قال المؤلف «وديونه متعلقة بكسبه ورقبته» لكان أولى وأكثر فائدة لأنه يفيد تأخر تعلقه بالرقبة عن الكسب إن كان ويفيد تعليقين. قال في المحيط: وإذا أخذ المولى شيئاً من كسب عبده المأذون ثم لحقه دين سلم لمولاه ما أخذه وإن كان عليه دين يوم أخذ قليلاً أو أكثر يسلم للمولى ما أخذه،

لم يفده السيد وقسم ثمنه بالحصص وما بقي طولب به بعد عتقه ويحجر بحجر وإن

ويظهر ذلك فيما إذا لحقه دين آخر يرد المولى جميع ما كان أخذه لأنا لو جعلنا بعضه مشغولاً بقدر الديون وجب على المولى رد قدر المشغول على الغريم الأول، فإذا أخذه كان للغريم الثاني أن يشاركه فيه إن كان دينهما سواء، وكان للغريم الأول أن يرجع بما أخذه منه على السيد، وإذا أخذ منه ثانياً كان للغريم الآخر أن يشاركه ثم وثم إلى أن يأخذ منه جميع ما أخذ من كسبه. ولو أخذ المولى من المأذون ضريبة مثله وعليه دين سلمت للمولى استحساناً لأن للمولى أن يستخدم المأذون لأن المنافع باقية على ملكه، فإذا شرط عليه غلة المثل فقد ترك الخدمة عوضاً عنها فكان ما أخذه عوضاً بخلاف ما إذا زاد على غله لأنه أخذه بغير عوض، عليه دين خمسمائة وفي يده عبد قيمته ألف فأخذ مولاه ثم لحقه دين ألف ثم أراد إبراء الأول العبد عن دينه لم يسلم لمولى ما أخذه أو لو أبرأه قبل لحوق الدين سلم للمولى ما أخذه كله وكان كسبه فارغاً عن الدين فملك المولى كسبه وخرج المأخوذ عن كونه كسب العبد بخلاف ما إذا أبرأه قبل لحوق الدين فقد أبرأه بعدما تعلق به حق الغرماء فصار مشغولاً، ولو لم يبرئه الأول ولكن قال لم يكن لي على العبد دين قليل ولا كثير بعدما لحقه الدين الثاني يسلم للمولى ما أخذه كله لأنه لما قال لم يكن لي عليه دين وأقر بذلك كاذباً فقد كذب العبد في إقراره فبطل إقراره من الأصل فظهر أنه لم يكن عليه دين فصح أخذ المولى وبالإبراء لم يظهر أنه لم يكن عليه دين لأن الإبراء إسقاط بعد الوجوب فلم يصح أخذه، ولو كان المولى صدق عبده حيث أقر للأول بالدين ثم لحقه دين الثاني ثم قال الأول لم يكن لي له عليه شيء لم يسلم للمولى ما قبض لأن المولى لما صدق عبده في الدين فقد أقر أن ما أخذه كان مشتركاً بين الأول والثاني فقد أقر لرجلين بخلاف ما إذا صدق المولى الغريم في قوله لا دين وكذبه العبد لا يصح إقرار العبد في حق ما في يد المولى لأنه إقرار بما ليس في يده. وقوله «وديونه متعلقة» صادقة بدين للمولى أو لابنه أو لأبيه أو لابن العبد الحر أو لأبيه أو لأجنبي وقد قدمنا بيانه.

قال رحمه الله: **(يباع فيه أن لم يفده السيد)** يعني إذا تعلق الدين برقبته حيث لا كسب له يباع فيه رقبته دفعاً للضرر عن الغرماء، ولا يعجل القاضي ببيعه بل يتلوم لاحتمال أن يكون له مال يقدم أو دين بقبضه فإذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين. ولم يقدر مدة التلوم؛ قيل هو مفوض إلى رأي القاضي، وقيل يقدر بثلاثة أيام ولا يبيعه القاضي إلا بحضرة مولاه أو نائبه فإذا خرج العبد إلى مصر وتصرف ولحقه ديون وفي يده أموال وقال أنا محجور علي وكذب الغرماء باع القاضي كسبه استحساناً ولا يبيع رقبته حتى يحضر المولى؛ كذا في المحيط. قال في العناية: فإن قيل: فما وجه البيع على قول الإمام وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه؟ أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لأنه كان قبل ذلك محجوراً وأعيد

بيعه إذ لا يجوز للمولى أن يبيع العبد المأذون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور عليه متصور، وقوله «إن لمن يفده سيده» إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً فأما إذا كان غائباً فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فإن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز بيعه إلا بحضرة المولى أو نائبه بخلاف الكسب فإنه يباع بالدين، وإن كان المولى غائباً فإن الخصم فيه هو العبد فالشرط حضور العبد اهـ. قال الشارح: والمراد بالدين ما يظهر في حق المولى، وأما ما لا يظهر في حقه فلا يباع فيه ويطالبه المولى به بعد الحرية. وفي المحيط: ولا يجوز بيع العبد المأذون بأمر بعض الغرماء إلا برضا الباقين أو يكون القاضي هو الذي باعه ويعزل نصيب الغائب عنهم لأن للمولى في العبد حق ملك وللغرماء حق الاستسعاء فيباع ليصل إليهم كمال حقهم وهذا الحق مفوت عليهم ببيع المولى فشرط إذنهم فيه اهـ. وفيه أيضاً: وإذا ولدت المأذونة المديونة بعد لحوقها دين لزم الدين الولد والأم ويباعان فيه لأن دين الأم حق ثبت في رقبتها فيسري إلى الولد، وإن لحقها بعد الولادة لا يباع الولد وهو للمولى لأن الدين إنما تعلق برقبتها حال انفصاله فلا يتعلق بالولد، وأما الهبة والكسب فيباعان في الدين وإن استفادهما قبل الدين. والفرق أن الكسب يتبع المكاتب حقيقة وحكماً بكل حال لأنه حدث بكسبه وفعله والولد يتبع الاتصال ويصير أصلاً حال الانفصال، ولو كان عليها ألف قبل الولادة وألف بعد الولادة فالولد للأول خاصة ولا يدفع الولد بجناية الأم وإن ولدت بعد الجناية لأن موجب الجناية لا تجب في رقبة الجاني بل يخير المولى بين الدفع والفداء والولد ليس بجان فلم يجب دفعه. قال رحمه الله: **(وقسم ثمنه بالحصص)** أي بين الغرماء لأن ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون من الاستيفاء وفاء من البدل كما في التركة، وإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية ولا يباع ثانياً كيلا يمتنع الناس عن شراء المأذون ودفعها للضرورة عن المشتري لأنه لما لم يؤذن في التجارة فلم يكن راضياً ببيعه. ولا يلزم ما لو اشتراه الإذن فإنه لا يباع ثانياً وإن كان راضياً للبيع لأن الملك قد تبدل وتبدل الملك لا يبدل العين؛ كذا في العناية. قال في المبسوط: الأصل أن دين العبد أقوى من دين المولى ولهذا يقدم دين العبد على دين المولى في الإيفاء من رقبة العبد. وهنا مسائل: أحدها في دين الوارث على عبد الميت مع دين الميت. والثاني في دين الميت ودين العبد الموصى له. والثالث في هبة المريض عبده لرجل وللموهوب له على العبد دين. الأول إذا هلك الرجل وعليه دين ألف درهم وترك ابنين وعبداً قيمته ألف لا مال له غيره ولأحد الابنين على العبد خمسمائة يباع العبد ويستوفي الابن دينه ثم يستوفي الأجنبي خمسمائة ثانية لأن دين الوارث دين العبد ودين الأجنبي دين على المولى ودين العبد متقدم على دين المولى، وإن كان دين الميت خمسمائة والمسألة بحالها يسقط نصف دين الابن ويستوفي نصفه أولاً ثم يستوفي الأجنبي دينه

....

خمسمائة، بقي مائتان وخمسون ثلثاها للابن المدين وثلثها للابن الآخر لأن الدين غير محيط وصار العبد ميراثاً بين الابنين وسقط نصف دين الابن الذي في نصيبه لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً. الثاني هلك عن دين خمسمائة وابنين وعبد قيمته ألف وأوصى لرجل له على العبد دين خمسمائة بثلث ماله بطل ثلث الدين الموصى له ويستوفي ثلثيه والأجنبي خمسمائة دينه لأن الدين غير محيط بالتركة ويملك الموصى له ثلث دينه وبقي ثلث دينه في نصيب الورثة فيوفوا ذلك من قيمة العبد وهي ألف ثم يأخذ الغريم كمال حقه خمسمائة والباقي بين الأجنبي والموصى له نصفان، ولو كان دين الميت ألف يستوفي الموصى له تمام دينه أولاً ثم غريم الميت خمسمائة. الثالث لو كان له عبد وهبه في مرضه ممن له على العبد دين ألف درهم ولا دين له غير، فإن أجازت الورثة سلم العبد كله له وسقط دينه، وإن أبت ردت ثلثي العبد بغير دينه وسلم له ثلثه. وفي المبسوط: شريكان أذنا لعبدهما في التجارة فلا يخلوا إما أن يكونا شريكين شركة ملك أو مفاوضة أو عنان، فإن كانا شريكي ملك أذنا لعبدهما في التجارة فأدانه كل واحد منهما مائة درهم وأدانه الأجنبي مائة فاشترى عبداً فبيع العبد بمائة أو مات العبد عن مائة كان نصفها للأجنبي والنصف بينهما، فالإمام قال تعتبر القسمة في هذه المسائل على طريق العول، وفيها القسمة عندهما على طريق المنازعة وسيأتي بيان ذلك في كتاب الوصايا. ولو كانا شريكين مفاوضة أو عناناً وبينهما عبد ليس من شركتهما فأدانه أحدهما مائة من شركتهما وأجنبي مائة فبيع العبد بمائة فثلثاها للأجنبي وثلثها بينهما عند الإمام لأن دين الأجنبي وجب كله ودين المولى ثبت نصفه. وعندهما قيل يقسم كما قال الإمام، وقيل يجب أن يقسم على ثمانية أسهم ثلاثة أرباعها للأجنبي وربعها بين الموليين، ويطلب بيان التعليل في المبسوط. فإن كان العبد من شركتهما والمسألة بحالها فالمائة كلها للأجنبي لأن الدين للشركة والعبد للشركة. بينهما عبد مأذون فأدانه أحدهما مائة وأجنبي مائة وغاب الذي لم يدن وحضر الأجنبي فإن نصيب الذي أدان في دينه ويؤاخذ كله للأجنبي ولا يباع نصيب الغائب.

قال في المحيط: وإذا شهد لمسلم مسلمان على عبد كافر تاجر بألف ومولاه مسلم ولمسلم كافران بألف بيع العبد وبدئ بدين الذي شهد له المسلمان فإن بقي شيء كان للآخر. وإنما بدئ بدين المسلم لأنه حجة في حق المولى والعبد وحجة الثاني قاصرة لأنها حجة في حق العبد دون المولى، ولو كان الأول كافراً فإنهما يتحاصان، ولو صدق أن العبد الذي شهد له الكافر اشتركا جميعاً، ولو شهد لمسلم كافران ولكافر مسلمان تحاصا لأن بينة كل واحد منهما استوت في كونها حجة في حق العبد، ولو كان أرباب الدين ثلاثة مسلمان وكافر فشهد للكافر مسلمان ولأحد المسلمين كافران وللآخر مسلمان بدئ بدين المسلم الذي شهد له المسلمان وما بقي يستويان فيه لاستواء حجتهما. عبد كافر مأذون له مولاه مسلم فأقام

علم به أكثر أهل سوقه وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتداً والإباق

عليه مسلم أو كافر كافرين بدين ألف كانت له فيسترد من المقضى له ويدفع إلى المسلم لأنهما لو اقترنا أو أقاما معاً قدمت حجة المسلم الذي شهد له مسلمان عليهما فكذا إذا تأخرت، وإن كان الثاني كافراً شارك المقضى له الأول. ولو شهد لمسلم حربيان بدين ألف على عبد تاجر حربي دخل دارنا بأمان وشهد لمسلم ذميان بدين ألف وشهد مسلمان بدين ألف فبيع العبد بألف يكون الحربي والذمي نصفين ويأخذ المسلم نصف ما أخذ الحربي لأن البينة الحربية ليست بحجة في حق المسلم والذمي أصلاً فصار كأن المسلم لم يقم بينة في حقهما وبينة الذمي حجة في حق المسلم من وجه دون وجه لأن الذمي منا داراً فلا بد من تقديم الذمي على المسلم في الاستحقاق لزيادة حجته، ثم المسلم مع الذمي استويا في الحجة لأن بينة الحربي حجة في حق الحربي والبينة المسلمة حجة في حق المسلم. ولو شهد لذمي حربيان وشهد لمسلم ذميان وشهد لحربي مسلمان كان الثمن للحربي والمسلم ثم يشارك الذمي الحربي فيما خصه لأن شهادة المسلم للذمي حجة في حق الحربي وشهادة الحربي للمسلم حجة في حق المسلم فقد استويا في الحجة فيقضى بينهما نصفان ولا يدخل في نصيب المسلم. ولو شهد المسلمان للذمي والذميان للحربي والحربيان للمسلم كان بين الذمي والحربي نصفان ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذه الحربي. قال رحمه الله: **(وما بقي طولب به بعد عتقه)** يعني ما بقي من الدين بعد قسمة الثمن يطالب به بعد الحرية لأن الغرماء بالخيار إن شاءوا استسعوا العبد، وإن شاءوا باعوه لم يبق لهم تعلق به لأن من هو مخير بين شيئين أو أشياء فاختار أحدهما بطل خياره في غيره، ولما كان الإذن تارة يكون شائعاً فلا يحجر إلا بالحجر الشائع وتارة يكون غير شائع فينجبر بالحجر غير الشائع. قال رحمه الله: **(ويحجر بحجر وإن علم به أكثر أهل سوقه)** وقال الشافعي: الحجر صحيح وإن لم يعلم به أحد من أهل سوقه. ولنا أن حجره لو صح بدون علمهم لتضرروا به لأنه إذا اكتسب شيئاً فالمولى يأخذه فيتأخر حقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم لأنه قد يعتق وقد لا يعيق. وقيد بالأكثر وهو الاستحسان لأن إعلام الكل متعذر أو متعسر. ولو حجر عليه بحضره الأقل لم يصر محجوراً عليه حتى لو باعه من علم منه ومن لم يعلم جاز البيع لأنه لما صار مأذوناً له في حق من لم يعلم صار مأذوناً له في حق من علم أيضاً لأن الإذن لا يتجزئ ويشترط علم العبد أيضاً وبقي مأذونا له حتى يعلم بالحجر. وفي المحيط: أصله أن الحجر الخاص لا يرد على الإذن العام ويرد على الإذن الخاص بأن أذن له بمحضر رجل أو رجلين وثلاثة فحجر بمحضر هؤلاء يصح. ولو رآه المولى يبيع ويشتري بعدما حجر عليه قبل أن يعلم العبد فلم ينهه ثم علم العبد بالحجر يبقى مأذوناً استحساناً. ووجهه أن سكوت المولى إجازة حال رؤية عبده يبيع ويشتري يرفع الحجر الثابت فلأن يرفع الموقوف أولى. ولو أرسل إليه صبياً يخبره بحجره أو كتب إليه صار

. . . .

محجوراً لأن الرسالة والكتابة من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر، سواء كان الرسول عدلاً أو فاسقاً، حراً أو عبداً. وإن أخبره بالحجر رجل أو صبي من غير رسالة لم يكن حجر حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد عند الإمام، وعندهما يصير محجوراً عليه كان المخبر حراً أو عبداً عدلاً أو فاسقاً أو صبياً. وفي الخانية: فرق الإمام بين الإذن والحجر، فعنده لا يثبت الحجر بخبر الواحد إلا إذا كان عدلاً أو اثنان ويثبت الإذن بقول الفضولي الواحد على كل حال. وذكر الشيخ خواهر زاده عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه لا فرق بينهما وإنما يصير مأذوناً إذا كان الخبر صادقاً عند العبد وكذا الحجر والفتوى على هذا القول اهـ. هذا إذا حضر المولى وصدقه، فلو حضر المولى وكذبه لا يصير محجوراً عليه، وإذا أذن العبد المأذون لعبده في التجارة ثم حجر المولى على الأول إن كان عليه دين يحجر على الثاني، ومثله لو مات الأول وعليه دين، وإن لم يكن على الأول دين لم يحجر على الثاني في الوجهين لأنه متى كان على الأول دين لا يملك المولى إذن العبد الثاني، وإن لم يكن عليه دين فالمولى يملك أن يأذن للثاني فصار المولى آذناً للثاني حكماً، والمولى لو أذن للثاني حقيقة ثم حجر على الأول لم يحجر على الثاني فكذا حكماً ولم يجز حجر المولى على المأذون مكاتبه وينحجر بموت المكاتب وعجزه. ولو مات المكاتب عن ولد فأذن الولد للعبد في التجارة فإذنه باطل لأن التركة ما دامت مشغولة لا يملكها الوارث، فلو أدى بدل الكتابة من كسب المأذون صح الإذن وإن كان الإذن قبل مضي الدين لأنه تبين أنه ملك من وقت الموت متى قضى الدين وأطلق في قوله «ينحجر بحجره» فشمل المنجز والمعلق وهو صحيح في المنجز غير صحيح في المعلق. قال في المحيط: لو قال القاضي لرجل قسد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حجراً. وإذا قال لسفيه قد أطلقتك إذا صلحت جائز لأن الإذن والإطلاق إسقاط للحجر وتعليق الإسقاط بالشرط جائز كالطلاق والعتاق، وأما الحجر عزل وتعليق العزل بالشرط لا يصح وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد جاز الحجر كما جاز الإذن لأن الحجر منع وتعليق المنع بالخطر جائز اهـ. وفي المحيط في باب إقرار المأذون بعد الحجر: وإذا حجر على المأذون وله ديون على الناس كان الخصم فيها العبد حتى لو قبضها العبد برئ الغريم لأن الحجر لا يعمل فيما ثبت للعبد قبل الحجر ولأن قبض الثمن من حقوق العقد، ولو مات العبد أو باعه فالخصم فيها هو المولى وإن كان على العبد دين لأن المولى أقرب الناس إليه فإذا عجز العبد عن قبض حقه والخصومة فيه يقوم المولى مقامه كالوارث يقوم مقام المورث إلا أنه لا يقبض الدين إذا كان له دين عليه. وإذا أقر العبد بعد الحجر عند القاضي بعيب لا يحدث مثله في متاع باعه حال إذنه يرد عليه لا بإقرار لكن القاضي بوجود عقد البيع أو أقام المشتري البينة، وإن كان عيباً يحدث مثله لم يصدق العبد على الغرماء والخصم فيه هو المولى بحال فيه على علمه. والضمير في قوله «بحجره» يشمل السيد والأب والوصي والقاضي لأن الكل سواء في العزل

....

القصدي، ولو زاد ضمير فيه ليرجع للإذن ولحوقه بدار الحرب العام وليفيد الفرق بين العام في الحجر والخاص.

قال رحمه الله تعالى: **(وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتداً)** يعني يصير محجوراً عليه بهذه الأشياء علم العبد أو لم يعلم لأن الإذن غير لازم، وبما ذكر بطلت أهلية الآذن فينعزل وينحجر عليه لأن حجر حكمي ولهذا يعتق بما ذكر مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجوراً في ضمن بطلان الأهلية فلا يشترط علمه ولا علم أهل السوق أيضاً. قيد بلحوقه بدار الحرب والظاهر أنه قول الإمام، وعندهما ينحجر بنفس الارتداد لحق أو لا. قال في المحيط: وإن ارتد فتصرف ثم أسلم جاز تصرفه فإن قتل على ردته بطل عند الإمام. وقالا لا يبطل ولو كاتب أمة جاز بالإجماع. وأفاد بتوسط الجنون بين الموت الحقيقي والحكمي أنه الجنون المطبق قال في المحيط: فإن كان يجن ويفيق فهو على إذنه لأن ولايته لا تزول بغير المطبق الذي يستوعب السنة، وموت الأب والوصي حجر على الصبي المأذون وعلى عبده وموت القاضي وعزله لا يوجب عزل المأذون من جهته. والفرق أن إذن القاضي قضاء من وجه لأن باعتبار ولايته القضاء لا باعتبار ولاية الملك والنيابة فمن حيث إنه قاض لا يبطل بموته وعزله. وأما إذن الأب فمن حيث النيابة فيبطل بهما وإذن القاضي الصبي جائز وإن أبى أبوه أو وصيه وحجرهما عليه لا يصح لا في حياة القاضي ولا في موته، وإن حجر عليه بعد عزله لا يصح حجره وإنما الحجر للقاضي الثاني فلو أذن الأب لعبد ابنه الصغير ثم ملكه الأب فهو حجر عليه لأن الإذن صح باعتبار ملك الابن فيزول بزواله. وإذا أدرك الصغير فمأذون أبيه على إذنه، ولو مات الأب بعدما أدرك الابن فالعبد على إذنه ولو باع المولى العبد صار محجورا عليه وإن لم يعلم أهل سوقه. هذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين فباعه بغير إذن الغرماء لا يصير محجوراً عليه وهذا الحجر ثبت ضمناً للبيع، وكذا لو زال عن ملكه بالهبة أو غيرها فإن عاد إلى قديم ملكه بالرد بالعيب أو بالرجوع في الهبة لا يعود الإذن بخلاف الوكيل إذا باع الموكل فيه ثم عاد إلى ملكه تعود الوكالة. والفرق أو المقصود من الإذن فك الحجر والحجر يسقط والساقط لا يعود. والمقصود من الوكالة بيع العين فجاز أن تعود الوكالة كما عاد إليه. ولو باعه مولاه بخمر أو خنزير فما لم يقبضه المشتري لا يصير محجوراً عليه، وإن باعه بميتة أو دم فهو على إذنه وإن قبضه لأن البيع بهما لم ينعقد بخلاف الخمر والخنزير، ولو قبضه المشتري في البيع بخمر أو خنزير بمحضر البائع بغير إذنه صار محجوراً عليه، ولو تصرفا ثم قبضه بغير إذن لم يصير محجوراً عليه. ثم إيجاب البيع إذن بالقبض في المجلس دلالة وبعده لا يكون إذناً، ولو أمره بقبضه فقبضه بعدما تفرقا صار محجوراً عليه، وإن باعه بيعاً صحيحاً على أن البائع بالخيار لا يصير محجوراً عليه ما لم يتم البيع. وهل يصير محجوراً عليه من وقت البيع أو من وقت الإجازة؟

....

قال مشايخ بلخ: يصير محجوراً عليه من وقت الإجازة وهو الأصح وإن كان الخيار للمشتري صار محجوراً عليه من وقت البيع لأن خيار المشتري لا يمنع خروج الملك عن البائع. ولو أسقط لفظ «سيده» وذكر مكانه وموت غير القاضي أو أراد فيه كتاب الشبهة لكان أولى وأسلم لأنه يشمل السيد والأب والوصي وأخرج موت القاضي. ولو قال المؤلف «وجنون أحدهما ولحوقه بدار الحرب» لكان أولى لأنه يفيد جنون العبد ولحوقه بدار الحرب لأنه أكثر فائدة. قال رحمه الله: **(والإباق)** يعني بالإباق أيضاً يصير محجوراً عليه حكماً علم أهل السوق أو لا. وقال زفر والشافعي: لا يصير محجوراً عليه بالإباق لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن ألا ترى أنه إذا أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز له أن ينجر إذا بلغه فلان لا يمنع الإباق أولى وصار كما إذا غصب. ولنا أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد عن طاعته عادة فصار محجوراً عليه دلالة والحجر يثبت دلالة كالإذن والإباق يمنع ابتداء الإذن عندنا؛ ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده، ولنا أن نمنع ولئن سلمنا فالدلالة ساقطة لغيره مع التصريح بخلافها. ولقائل أن يقول: إذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافه ينبغي أن لا يصير الآبق محجوراً عليه في الباقي أيضاً لوجود التصريح من المولى بالإذن في الابتداء فكان دلالة الحجر في البقاء مخالفة لدلالة التصريح فينبغي أن لا تعتبر. والجواب بأن وجود التصريح بالإذن في الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الإباق وإنما يعرف في البقاء باعتبار استصحاب الحال وهي حجة ضعيفة ولهذا تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن تترجح الدلالة عليها، وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب مقراً بالغصب أو كان للمالك بينة يمكنه أن ينزعه بها فيجوز أن يأذن ابتداء فكذا بقاء، ولو عاد من الإباق فالصحيح أن اللاإذن لا يعود. قال في المحيط: فإن قال المشتري لم يأبق ولكن بعثه المولى في حاجة وجحد المولى فالقول للمشتري والبينة له أيضاً لأن المشتري متمسك بما هو ثابت في الأصل باتفاقهما والمولى ادعى أمراً عارضاً فكان القول قول المتمسك بالأصل. وأما البينة فلأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت جواز البيع وبينة المولى تنفي جوازه والبينة على المنفي لا تقبل. ولو غصب رجل عبداً محجوراً ولا إذن للمولى وحلف الغاصب فتصرف العبد ومولاه ساكت ثم قامت له بينة فاسترده لم يجز تصرف العبد ولا يصير مأذوناً له لأن سكوت المولى إذن حكمي، ولو أذن له صريحاً والغاصب جاحد ولا بينة له لا يصح الإذن فالحكمي أولى. وإن أسر العبد وأحرز بدار الحرب صار محجوراً عليه وإن كان في دار الإسلام فهو على إذنه. وفي الخانية: العبد المأذون إذا غصبه غاصب لم يذكره في الكتاب والصحيح أنه لا يصير محجوراً اهـ.

قال رحمه الله: **(والاستيلاد)** يعني الأمة المأذون لها تصير محجورة باستيلاد المولى لها. وقال زفر: لا تصير محجوراً عليها به وهو القياس لأن المولى لو أذن لأم ولده ابتداء يجوز فالنفي أولى وقد تقدم ما فيه. وجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الأولاد أنه

والاستيلاد لا بالتدبير ويضمن بهما قيمتهما للغرماء وإن أقر بما في يده بعد حجره

لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه بخلاف ما لو أذن لأم ولده صريحاً كما تقدم، ونظيره إذا قدم لآخر طعاماً ليأكله حل له التناول فإذا نهاه صريحاً حرم عليه التناول لقوة الصريح. قال في المنتقى: رجل وطئ جارية عبده المأذون فجاءت بولد فإنه يأخذها وعليه قيمتها لأن للمولى فيها حق الملك وذلك يكفي لصحة الاستيلاد كالأب إذا وطئ جارية ابنه وادعاه فإن استحقها مستحق أخذها وعقرها وقيمة الولد ولا يرجع المولى بالضرر لأنه ليس بشراء ولكن يرجع بقيمتها على عبده، ولو وطئ جارية عبده المأذون ولا دين عليه فإن استحقت رجع العبد على البائع بالثمن وبقيمة الولد. قال رحمه الله: **(لا بالتدبير)** يعني المأذون لها لا تصير محجوراً عليها بالتدبير لأن العادة لم تجز بتحصين المدبرة ولم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت إذ لا تنافي بين حكمي التدبير والإذن لأن حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل وحكم الإذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فك الحجر. وفي الجامع الصغير للحسامي: جارية أذن لها مولاها في التجارة فاستدانت أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذونة والمولى ضامن لقيمتها للغرماء، ولو وطئها فجاءت بولد فادعاه حجر عليها ويضمن قيمتها للغرماء اهـ. قال رحمه الله: **(ويضمن بهما قيمتهما للغرماء)** يعني ضمن المولى بالتدبير والاستيلاد قيمتهما لأنه أتلف بالتدبير والاستيلاد تعلق حق الغرماء لأنه بفعله امتنع بيعها وبالبيع يقضى حقهم. قال في المحيط: فإذا ضمن المولى القيمة لا سبيل لهم على العبد حتى يعتق، وإن شاءوا لم يضمنوا المولى القيمة واستسعوا العبد في جميع دينهم عليه دين الثلاثة لكل ألف اختار اثنان ضمان المولى فضمناه ثلثي قيمته. واختار الثالث استسعاء العبد في جميع دينه جاز ولا يشارك أحدهما الآخر فيما قبض بخلاف ما إذا كان الغريم واحداً، فإذا اختار أحدهما بطل حقه في الآخر كما تقدم. وظاهر قوله و«ضمن» أن يضمن القيمة مطلقاً مع أن الضمان يتوقف على اختيار الغرماء فلو زاد «إن شاءوا» لكان أولى.

قال رحمه الله: **(وإن أقر بما في يده بعد حجره صح)** وهذا عند الإمام سواء أقر أنه أمانة عنده أم غصب، أو أقر بدين فيقضيه منه وقالا: لا يصح إقراره وهو القياس لأن المصحح لإقراره الإذن وقد زال بالحجر ويده عن إكسابه قد بطلت بالحجر لأن يد المحجور غير معتبرة فصار كما لو أخذه المولى من يده بعد الحجر قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع وكان عليه دين مستغرق لما في يده بعد الحجر فأقر بعده أو كان الذي في يده من المال حصل بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح إقراره في رقبته بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بالدين بالإجماع، ولا يلزم على هذا عدم أخذ المولى ما أودعه عبده الغائب المحجور عليه لأنه منع المولى من أخذه هناك فيما إذا لم يعلم أنه كسب العبد، فلو علم أنه كسب عبده كان له أن

. . . .

يأخذه. ووجه الاستحسان أن المصحح للإقرار بعد الحجر هو اليد ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر فيما أخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر فراغ ما في يده من الاكساب عن حاجته وإقراره دليل على حاجته بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار وبخلاف إقراره بعد ما باعه المولى من غيره لأنه بالدخول في ملكه صار كعين أخرى ولما عرف أن تبذل الملك كتبدل العين، وبخلاف ما إذا كان عليه دين مستغرق لأن حق أصحاب الدين تعلق بما في يده فلا يقبل إقراره في إبطال حقهم فيقدمون كالمريض إذا أقر وبخلاف رقبته فإنها ليست في يده. وفي المحيط: لو أقر بعد ما حجر عليه وكانت في يده ألف أخذها مولاه فأقر أنها وديعة لفلان ثم عتق لم يلزمه شيء لأنه محجور أقر بعين وليس في يده من كسب الإذن شيء فلا يصح إقراره، ولو أقر أنها كانت غصباً في يده لزمه إذا أعتق ولو لم يأخذ منه الوديعة ولكن كان عليه دين فقضاه لزمه إذا عتق. ولو حجر عليه وفي يده ألف فأقر بها لرجلين لأحدهما دين ألف وللآخر ألف وديعة فلا يخلو إما أن يقر بهما منفصلاً أو متصلاً، وكل وجه إما أن يقر بالدين أو لا، ثم بالوديعة أو بالوديعة ثم بالدين فإن أقر بهما منفصلاً بأن قال علي ألف درهم وسكت ثم قال هذه الألف وديعة لفلان فعند الإمام الألف كلها للمقر له بالدين لأنه لما أقر بالدين أولاً تعلق بها حق صاحب الدين وصارت الألف مشغولة بها فإقراره بالوديعة بعد ذلك يتضمن إبطال إقراره بالدين فلا يقبل. وعندهما يكون بينهما. وإن أقر بالوديعة أولاً ثم بالدين فالألف كلها للمقر له بالوديعة، وأما إذا أقر بها متصلاً بأن قال بادئاً بالدين لفلان علي ألف دين وهذه الألف وديعة لفلان تكون الألف بينهما نصفين، ولو بدأ بالوديعة ثم بالدين فالألف كلها لصاحب الوديعة عند الإمام. بيان ذلك إذا أقر بالدين أولاً ثم بالوديعة فالبيان وجد والمحل في ملكه صح البيان منه فينتصف الألف بينهما وهذا بيان بعين لا تقدير فيصح موصولاً لا مفصولاً. وإذا أقر بالوديعة أولاً ثم بالدين فالبيان وجد والألف ليست في ملكه ولا يتعلق حق المقر له بالدين بتلك الألف. ولو ادعيا عليه فقال صدقتما كانت الألف بينهما نصفين عند الإمام، وعندهما الإقرار باطل ويؤخذ العبد بالدين بعد العتق. ولو وهب رجل لعبد محجور ألفاً فلم يأخذها المولى حتى استهلك لرجل آخر ألفاً ثم استهلك لرجل آخر ألفاً كانت الألف للمولى والدينان في رقبته، ولو استهلك ألفاً ثم وهب له الألف ثم لحقه دين آخر تصرف الهبة إلى الدين الأول وهو الذي استهلكه دون الثاني لأن الدين الثاني لزمه وليس له كسب ولم يعين المؤلف المقر له فشمل المولى. وفي الأصل: وإذا أقر العبد المأذون لمولاه، فإذا أقر بالدين لم يصح إقراره سواء كان يمكنه دين أو لا، إن أقر له بعين في يده إن كان عليه دين لا يصح إقراره، وإن لم يكن عليه دين صح إقراره. وفي الذخيرة: العبد المأذون إذا التقط لقيطاً ولا يعرف ذلك إلا بقوله فقال المولى كذبت بل هو عندي فالقول للمأذون لأنه إقرار على نفسه ألا ترى أنه لو أقر بعين في

صح ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه بما في يده ورقبته وبطل تحريره عبداً

يده لغير المولى صح إقراره وإن كذبه المولى في قوله. قوله «وإن أقر الخ» صادق بما إذا لم يكن عليه دين مستغرق أو لا، وصادق بما في يده كسبه قبل الحجر أو بعده، وصادق بما إذا ثبت الحجر بالبيع أو بغيره وليس كذلك، فلو قال وإن أقر غير مستغرق بعد حجره بما في يده قبله مع بقائه للأذن حق فيخرج المستغرق فإن إقراره لا يصح بقولنا «قبله» يخرج ما حصل بعده وبقولنا «مع بقائه» يخرج ما إذا حجر عليه بالبيع، وأفاد أن الإقرار المذكور لا يتعلق به فيه لقوله بما في يده. قال رحمه الله: **(ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه بما في يده ورقبته)** وهذا عند الإمام. وقالا: يملك ذلك لأن ملك الرقبة سبب الملك كسب اليد واستغراقها بالدين لا يوجب خروج المأذون عن ملكه ولهذا ملك وطء المأذونة فكذا كسبه الذي في يده لأنه يتبع أصله فيكون مثله. ولأبي حنيفة أن ملك المولى أنما يثبت في ملك العبد التاجر عند فراغه عن حاجته والمحيط خلافه عند مشغول بحاجته فلا يملك. قال في العناية: الدين لا يخلو إما أن يحيط بماله ورقبته أو لا يحيط أو أحاط بماله دون رقبته أو برقبته دون ماله. وأطلق في دين العبد فشمل ما إذا كان حالاً أو مؤجلاً. وفي العَتابية: ولو باع المولى المأذون أو كسبه والدين مؤجل جاز ويضمن إذا حل الأجل. وفي المحيط: عبد عليه دين إلى أجل فباعه مولاه جاز ونفذ لأن العبد ما به حق الغريم ولا منفعة فإذا حل الأجل ضمن المولى قيمته. وفيه أيضاً: ولا يجوز هبة مال عبده المأذون المديون وإن أجازه الغرماء لأنه تعلق الدين بماليته، ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر في بعض الروايات أنه لا يجوز، وفي بعضها يجوز، قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على ما إذا لم يقض المولى دينه أو لم تبره الغرماء. وفيه أيضاً: وهب عبده المأذون المديون من رجل وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الحال أن ينقض البيع في الكل ولو عيب الموهوب له العبد ضمن المولى لرب الدين نصف قيمته. وظاهر قوله «ولصاحب الحال النقض وما قبله» أن الدين إذا كان مؤجلاً ملك المولى ولو كان الدين مستغرقاً ولو قيد به لكان أولى.

قال رحمه الله: **(وبطل تحريره عبداً من كسبه)** وهذا عند الأمام ولما كان العتق أقوى نفاذاً من غيره صرح به ليفيد أن تصرف المولى في غيره باطل بالطريق الأولى. وعندهما ينفذ عتقه وهو نظير المكاتب فإن المولى يملك رقبته حتى يعتق بإعتاقه ولا يملك ما في يده من إكسابه حتى لا ينفذ إعتاقه فيه فإذا نفذ عتقه في رقبته المأذون له عنده وعندهما فيه وفي كسبه يضمن للغرماء قيمته لأنه أتلف بالإعتاق ما تعلق به حقهم، وكذا لو أتلف المولى ما في يده من العبيد بالقتل يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال عندهما لأنه ملكه لتعلق كسب العبد كذلك وعندهما ينفذ ويضمن حق الغير به، وعنده في ثلاث سنين لأنه ضمان حياته لعدم ملكه. ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك، وعندهما يعتق،

من كسبه وإن لم يحط صح ولم يصح بيعه من السيد إلا بمثل القيمة وإن باع سيده منه

ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق وصارت أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عرقها ولا قيمة ولدها، وهذا بإنفاق لأن عندهما ملكه ثابت حقيقة وعنده صادف حق الملك ولهذا يجوز للمولى أن يتزوجها. ولو أعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند أبي حنيفة لأن العتق توقف عنده على أن ينفذ عند تملك الجارية ألا ترى أنه لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد من ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا إذا ملك الجارية بالاستيلاد. ولو تزوج جارية عبده المأذون المديون لا يجوز؛ ذكره في المحيط. وذكر المولى مثال فإن العبد المأذون المديون إذا باعه المولى من غير إذن الغرماء وأعتقه المشتري قبل قبضه ينفذ عتقه إن أجاز الغرماء البيع أو قضى المولى دين الغرماء، وإن أبرأ الغرماء العبد عن الدين ينفذ عتق المشتري، فإن أبى الغرماء أن يجيزوا البيع والمولى لم يقض دينه فإنه يبطل عتقه ويباع العبد للغرماء بدينهم، هكذا ذكر في الأصل مطلقاً. وهذا الجواب الذي قالوا لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، أما على قول محمد رحمه الله تعالى فمنهم من قال لا يقف عتق المشتري على قول محمد، ومنهم من قال ما ذكر قولهم جميعاً وعلى قول محمد يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين المشتري من الغاصب. وهذا إذا أعتق المشتري قبل القبل، وأما إذا قبض العبد ثم أعتقه فإنه ينفذ عتقه، وإذا تقدم عتق المشتري بعد القبض فالغرماء بعد هذا بالخيار إن شاءوا أجاز البيع وأخذوا الثمن، وإن شاءوا ضمنوه القيمة. هذا إذا أجازوا بيع المولى، وإن ضمنوا قيمته للمولى فبيع المولى ينفذ ويسلم الثمن للمولى، ولو كان المشتري باع العبد بعد ما قبضه أو وهبه وقبضه الموهوب له ثم حضر الغرماء وأجازوا بيع المولى ينفذ بيع المشتري وهبته من غيره. ولو قال المؤلف «فيتوقف تحريره» لكان أولى لأن غايته تصرف فضولي. وقد أفاد في المحيط في مسألة الأمة المستولدة أنه موقوف فالعتق كذلك قال رحمه الله: **(وإن لم يحط صح)** يعني وإن لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالإجماع، أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر، وفي قوله الأول لا يملك فلا يصح إعتاقه لأن الدين يتعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن. ووجه قول الآخر أن الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الحال لأن شرط عدم الملك لم يوجد ولا يجوز أن يمنع بقدره لأن البعض ليس بأولى من البعض الآخر؛ كذا نقله الشارح. وفي الهداية: وإن لم يكن محيطاً بماله جاز عتقه ولم يذكر رقبته وهذا هو القسم الثالث من الأقسام التي ذكرناها. قال في العناية: وإذا لم يكن محيطاً بماله ورقبته جاز عتق المولى عبداً من كسبه. قال في بيوع الجامع الصغير عن يعقوب في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبداً يساوي ألفاً وعلى الأول ألف دين فأعتق المولى العبد المشتري فعتقه

. . . .

جائز، وإن كان الدين ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه ا هـ. ولا يخفى أن إنفاذ العتق على قول الإمام فيما لو أحاط بكسبه إشكال لأن حاصل مذهبه أنه ملك المولى بطريق الخلافة عند الفراغ وهذا ليس بفارغ فظهر أن ذكر الرقبة لا فائدة فيه وأن المراد بالصحة النفاذ.

قال رحمه الله: **(ولم يصح بيعه من السيد إلا بمثل القيمة)** لأنه لا تهمة في البيع بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز سواء كان النقصان كثيراً أو قليلاً. والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ لأجل الغرماء لأن حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم. وقيد بالسيد لأنه لو حابا الأجنبي عند الإمام جاز لأنه لا تهمة فيه، وبخلاف ما لو باع المريض عيناً من وارثه بمثل القيمة حيث لا يجز عند الإمام لأن المريض ممنوع من إيثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن إبطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل من القيمة وبأقل منه إلى ثلثي القيمة إذا لم يكن عليه دين وهذا عند الإمام. وعندهما إن باع من المولى جاز فاحشاً كان الغبن أو يسراً، ولكن يخير بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع لأن في المحاباة إبطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الأجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة ولا يجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن. وفي الكافي: وإن باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشاً كان أو يسيراً ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع وهذا قول بعض مشايخنا. وقيل إن الصحيح أن قول الإمام في هذه كقولهما. وفي المحيط: قول الكل وقيل قولهما ولو استهلك المولى المبيع في هذه الحالة لزمه تمام القيمة. وفي التتارخانية: برقم ومما يتصل بهذا الفصل: إذا باع العبد المأذون بعض ما في يده من تجارة أو اشترى شيئاً ببعض المال من تجارة وحابا في ذلك وكان ذلك في مرض المولى ثم مات المولى من مرضه ذلك فعلى قول أبي حنيفة البيع جائز سواء حابا في البيع بما يتغابن الناس من مثله أو لا ما لم تجاوز المحاباة ثلث مال المولى، فإذا جاوز ثلث مال المولى فإنه يخير المشتري وإن شاء نقض البيع ولم يرد ما زاد على الثلث بخلاف ما لو كان المولى صحيحاً وحابا العبد بما يتغابن في مثله أو يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز عند أبي حنيفة كيفما كان، جاوزت المحاباة ثلث المال أم لم تجاوز، وهذا بخلاف المكاتب إذا باع أو اشترى وحابا في مرض موت المولى فإنه يجوز إذا لم تجاوز ثلث ماله فكذا العبد، وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إن باع واشترى بما يتغابن الناس من مثله فإنه يجوز ويسلم المشتري، ولو باع واشترى وحابا بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز البيع عندهما حتى إذا قال المشتري أنا أؤدي قدر المحاباة ولا ينقض البيع لا يكون له ذلك على قولهما. هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن على العبد دين، فأما إذا كان عليه دين يحيط برقبة

....

أو بما في يده أو لا يحيط فباع واشترى وحابا محاباة يسيرة أو فاحشة، فالجواب فيه عندهم جميعاً كالجواب فيما إذا لم يكن على العبد دين. قال الفقيه أبو بكر البلخي: لا يوجد عن أصحابنا رواية في كتبهم أن المحاباة اليسيرة في المريض إذا لم يكن عليه دين تعتبر من ثلث ماله إلا في هذا الكتاب خاصة فهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب، ولو كان الدين على المولى ولا دين على العبد فهذا على وجهين: إما أن يكون محيطاً بجميع مال المولى أو لا يكون محيطاً بجميع ماله. فإن كان محيطاً بجميع ماله فباع العبد واشترى وحابا محاباة فاحشة والمسألة على الخلاف يخير عند أبي حنيفة وعندهما لا يخير المشتري. وإن كان على المولى دين لا يحيط بجميع ماله فالبيع من المأذون جائز بالمحاباة اليسيرة والفاحشة ويسلم ذلك المشتري إن لم تجاوز المحاباة ثلث ماله بعد الدين، وإن جاوز ثلث ماله بعد الدين يخير المشتري ويجعل بيع العبد كبيع المولى وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما إن كانت المحاباة يسيرة يجوز البيع والشراء ويسلم المشتري المحاباة إن لم يجاوز ثلث ماله بعد الدين، وإن لم تجاوز لم يسلم ويخير، وإن كانت المحاباة فاحشة لا يخير المشتري عندهما. ولو كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده وعلى العبد دين كثير يحيط برقبة العبد وبما في يده فالمحاباة لا تسلم المشتري يسيرة كانت أو فاحشة. هذا الذي ذكرنا إذا حابا المأذون، فأما إذا حابا بعض ورثة المولى فإن باع من بعض ورثة المولى وحابا وقد مات من مرضه ذلك كان البيع باطلاً عند أبي حنيفة ولا يخير الوارث، وعندهما البيع جائز ويخير الوارث فيقال: إن شئت نقضت البيع، وإن شئت بلغت الثمن تمام قيمته ولا يسلم له شيء من المحاباة. وفي السغناقي: وإن كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده ولا مال له غيره فحابا في مرض المولى لم تجز محاباة العبد بشيء وقيل للمشتري إن شئت أنقض البيع وإن شئت أدفع المحاباة كلها، وإن لم يكن على المولى دين جاز. وفي المحيط الصبي: المأذون باع من أبيه بما يتغابن فيه جاز ولو باع الأب ماله من ابنه بما يتغابن فيه جاز فأما بما لا يتغابن فيه الصحيح أنه لا يجوز. وفيه أيضاً: وإذا وكل العبد ببيع عبده فباعه من مولاه بأكثر من قيمته ثم حجر على عبده أقر الوكيل بالقبض لم يصدق، ولو باعه للغرماء وأقر صدق. والفرق أن إقرار العبد بقبض الثمن من مولاه لا يصح للتهمة ومن الغرماء يصح لأنه لا تهمة فيه ا هـ. وقوله «من سيده» يصدق بما إذا باع لوكيل سيده أو لابن سيده الذي يشتري للسيد فالظاهر أن الحكم كذلك بخلاف ما إذا كان يشتري الصغير لنفسه، ولم أر من نبه على ذلك وهذا التنبيه من خصائص ذلك الكتاب. وأطلق في قوله «من سيده» فشمل ما إذا كان أصيلاً أو وكيلاً، والظاهر فيما إذا كان وكيلاً الجواز بغير قيد. قال في المنتقى: ولو اشترى المولى من عبده شيئاً لغيره بوكالة جاز الشراء ولم يجز قبضه وإن صدقه الآمر في القبض فقبضه المولى فمات في يده ضمن الثمن للعبد وبطل البيع على الآمر،

بمثل قيمته أو أقل صح ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه وله حبس المبيع بالثمن وصح

وكذا شراء رب المال من المضارب عبداً لغيره بوكالة وقيمة العبد ألف ورأس المال ألف يجوز البيع ولم يجز قبضه.

قال رحمه الله: **(وإن باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح)** لأن المولى أجنبي عن كسب عبده إذا كان عليه دين كما هنا وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح، وقيل هذا بيع لا يجوز لأنه تعذر تجويزه لأنه لا بد للمبيع من ثمن والمولى لا يستوجب ديناً على عبده فصار بيعاً بلا ثمن فلا يجوز. ظاهر الرواية أنه أمكن تجويزه بيعاً من غير ثمن يجب على العبد للحال بل يتأخر إلى وقت تسليم المبيع كما قلنا لو اشترى شيئاً على أنه بالخيار انعقد البيع ويتأخر وجوب الثمن إلى سقوط الخيار، وكذا إذا قبض الثمن ثم سلم المبيع يجب الثمن في ذمة العبد بعد المبيع ثم سقط عنه. قيد بقوله «بمثل القيمة أو أقل» قال في المحيط: ولو باع من عبده بأكثر من قيمته فالمولى بالخيار إما أن يأخذ مقدار قيمته أو ينقض البيع لأنه رضي بزوال ملكه عن البيع بالمسمى، وإذا لم يسلم له المسمى كان له نقض البيع. قال الشارح: وقوله «يؤمر بإزالة المحاباة» يدل على أن البيع يقع جائزاً يجوز أن يكون على الروايتين عند أبي حنيفة على ما بينا. وفي المحيط: ولو أقرض المولى عبده المأذون المديون ألفاً فالمولى أحق بها، وكذلك إن أودعه وديعة فاشترى العقد بها متاعاً فالمولى أحق بالمتاع لأنه بدل ماله، والظاهر أن قوله «من سيده» مثال فلو باع وكيل سيده منه كان الحكم كذلك. قال رحمه الله: **(ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه)** أي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب بشيء لأنه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج محاباة. وفي الإبانة: ولهذه المسألة زيادة ذكرها في المنتقى فقال: عبد مأذون عليه دين باع المولى منه ثوباً في يد المولى كان الثمن ديناً للمولى على العبد في الثوب يباع الثوب فيستوفي في المولى دينه من ثمنه والفضل للغرماء، وإن كان فيه نقصان بطل ذلك القدر ا هـ. بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لأنه تعين بالعقد فملكه به عنده، وعندهما تعلق بعينه فكان أحق به من الغرماء إذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق من الغرماء كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو ودع ماله عند عبده أو قبض المبيع بغير إذن المولى، وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون المديون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئاً من اكتساب عبده المأذون ضمن للعبد، هذا جواب ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن للمولى أن يسترد المبيع إن كان قائماً في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن إلا أن المولى لم يسقط حقه من العين إلا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين قائماً في يده لأنه يجوز أن تكون العين

إعتاقه وضمن قيمته لغرمائه وطولب لغرمائه بعد عتقه وإن باعه سيده وغيبه المشتري

المملوكة للمولى في يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه، وأما بعد الاستهلاك فقد صار ديناً فلا يمكن ايجابه من عبده ا هـ. قال رحمه الله: **(وله حبس المبيع بالثمن)** أي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لأن البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن فيبقى ملك اليد على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن، ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء، ولأن للدين تعلقاً بالعين لأنه يقابله ويسلم بسلامتها فكان له شبهة بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل برقبته مع أنه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما إذا سلم المولى المبيع أولاً حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن ديناً مطلقاً فيسقط ا هـ.

قال رحمه الله: **(وصح إعتاقه)** أي جاز إعتاق المولى عبده المأذون المديون المستغرق بالدين وهذا بالإجماع لقيام ملكه فيه، وإنما الخلاف في أكسابه بعد الاستغرق بالدين وقد تقدم بيانه. وفي المحيط: ولو دبر المأذون المديون صح فإن شاء الغرماء ضمنوا المولى قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق فإذا أعتق فلهم أن يبيعوه بما بقي من دينهم رهن عبده المأذون المديون أو أجره وعليه دين إلى أجل جاز، وإذا حل الأجل ضمنوا المولى قيمته في الرهن دون الإجارة، فإن بقيت منها مدة فلهم أن يفسخوا الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار بخلاف الرهن. ولو باعه المولى ثم اشتراه أو استقاله ثم حل الأجل لم يكن لهم على العبد سبيل وضمنوا المولى قيمته إلا أن يرده عليه بعيب بقضاء القاضي أو بخيار لأن حقهم قد بطل عن رقبته بالبيع وبرئ العبد عن الدين والبيع بالتراضي بيع جديد في حق ثالث. قال رحمه الله: **(وضمن قيمته لغرمائه)** يعني المولى يضمن قيمة المعتق لغرمائه لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لأنه لا يقبل الفسخ فأوجب الضمان دفعاً لضرر الغرماء بخلاف ما إذا كان المأذون له مدبراً أو أم ولد حيث لا يجب الضمان بإعتاقهما لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يضمن شيئاً، فلو قال «ولو قناً» لكان أولى. وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن قدر الدين لا غير، وإن كان الدين أكثر من القيمة ضمن قيمته بالغة ما بلغت لتعلق حقهم بماليته كما إذا أعتق الراهن والمرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد بحيث لا يبلغ به دية الحر لأن القيمة هناك بدل الآدمي من وجه فلا يبلغ به دية الحر، وكذا لا يختلف بين ما إذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة إتلاف الغير لما تعلق به حقهم، وبخلاف إعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الأرش إن كان إعتاقه بعد علمه بالجناية لأنه الواجب فيها على المولى وهو يخير بين الدفع والفداء فيكون مختاراً للفداء بالإعتاق عالماً أو لا كذلك هنا لأن المولى ليس له شيء وإنما يضمن باعتبار تفويت حقهم كإتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه، وكذلك

ضمن الغرماء البائع قيمته وإن رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد أو

إذا كان الجاني مدبراً أو أم ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختاراً وهنا لا يجب لما بينا ا هـ. وقوله «وضمن» شمل ما إذا أعتق بإذن الغرماء فللغرماء أن يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كعتق الراهن بإذن المرتهن وهو معتبر لأنه قد خرج من الراهن بإذن المرتهن والمأذون المديون لا يبرأ من الدين بإذن الغرماء ا هـ. ولو قال لغرمائه تضمينه قيمته لكان أولى ليفيد أن الضمان باختيار الغرماء اتباع المولى. قال رحمه الله: **(وطولب لغرمائه بعد عتقه)** يعني لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية إن بقي من دينهم شيء ولم توف به القيمة لأن الدين مستقر في ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه إلا قدر ما أتلف وهو القيمة والباقي عليه فيرجعون به عليه، وإذا اختاروا اتباع أحدهما لا يبرئ الآخر كالكفيل والأصيل بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لأن هناك الضمان واجب على أحدهما، وإذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة وهنا واجب على كل واحد منهما دين على حدة. وفي المحيط: هذا إذا اختاروا الاتباع ولم يبرؤه من الضمان فإذا اختاروا اتباع المولى وأبرؤه من الضمان لم يكن لهم عليه سبيل. قال في المحيط: وما قبضه أحدهم من العبد بعد العتق لا يشاركه فيه الباقون، وما قبضه أحدهم من القيمة التي على المولى يشاركه فيه الباقون لأن القيمة وجبت لهم على المولى بسبب واحد وهو العتق والدين متى وجب بسبب واحد لجماعة كان مشتركاً بينهم.

قال رحمه الله: **(وإن باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته)** قيد بالتغييب. قال في العناية: وإنما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنه لا يضمن بهما بل لا بد من التغييب. وفيها أيضاً: معناه باعه بثمن لا يوفي ديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال ا هـ. فلو كان الثمن يوفي بديونهم فلا ضمان، وكذا لو كان بإذنهم، وكذا لو كان الدين مؤجلاً فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منهما جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم، فإذا حل ضمنوا المولى قيمته. وأفاد المؤلف أن البيع موقوف فيه كالبيع بخيار. قال في المحيط: ولو وهب عبده المأذون والمديون ذكر في بعض الروايات أنه يجوز وفي بعضها أنه لا يجوز، قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على قضاء دينه أو إبراء الغرماء، وما قيل إنه لا يجوز محمول على ما قبل، وفي قضاء دينه. وفي المحيط: عبد عليه دين إلى أجل فباعه أو وهبه مولاه جاز وتعذر لأنه لا حق للغريم في النقض لأن العبد ملك المولى ولم يتعلق حق الغريم به لا يداً ولا منفعة ولا له حق استيفاء الدين من رقبته لأن الدين المؤجل غير مطالب بإيفائه، وإذا حل الدين ضمن المولى قيمته لأن بيع المولى وجد بعد وجود سبب ثبوت حقه في المطالبة بالبيع أو الاستسعاء وفي المدين، وإذا كان الدين واجباً قبل البيع لكن تأخرت المطالبة بالأجل ولولا بيع المولى لثبت حقهم في رقبة العبد وسبب بيعه السابق عجزوا عن استيفاء حقهم من

....

رقبة العبد فصار البيع السابق مانع العبد عنهم للحال فيضمن قيمته لهم كالعبد إذا لحقته ديون ثم ديره المولى فالمولى يضمن قيمته للغرماء. هذا وإن رجع المولى في هبته لم يكن لهم على العبد سبيل لأن هبة المولى لما نفذت ولم يكن للغرماء حق النقض كان بمنزلة ما نفذ بإذنهم وانتقل حقهم من العبد إلى القيمة، وإن أذن له مرة بعد ما رجع في الهبة فلزمه دين يباع ويقسم ثمنه بين الآخرين دون الأولين لأن الثمن بدل الرقبة والرقبة بالإذن الثاني صارت مشغولة بدين آخر خاصة لأنها فرغت عن شغل الأولين لأن المولى ضمن القيمة للأولين فقد برئ العبد عن حقهم ما دام رقيقاً لأنه وصل إليهم بدل الرقبة فكانت الرقبة مشغولة بدين الآخر خاصة وكان ثمنها لهم خاصة والقيمة للأولين خاصة، فإن مات المولى ولا مال له غير العبد بيع وبدئ بدين الآخرين، فإن فضل شيء كان للأولين لأن الثمن قام مقام الرقبة وقد اجتمع فيه دين العبد وهو دين الآخرين ودين المولى وهو القيمة للأولين فيقدم فيه دين العبد في القضاء، وإن كان على المولى دين سوى ذلك ضرب فيه غرماء المولى بدينهم وللأولين بقيمة العبد لأن الكل دين المولى وقد اجتمع فيما بقي من الثمن وضاق عن إيفاء الكل فيضرب كل واحد بحقه. ولو وهب العبد وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الدين الحال أن ينقضه في الكل لأن حقه وإن كان في نصف الرقبة ولكن له حق النقض في الكل نفياً للضرر عنه لأنه متى نقض في النصف شائعاً يباع بدينه نصف العبد، وثمن نصف العبد متى بيع بانفراده أنقص من ثمن نصفه متى بيع جملة لأن الأشقاص لا تشترى بمثل ما تشترى الأشخاص. ولو غيبه الموهوب له ضمن المولى لصاحب الحالة نصف قيمته لأن حقه في نصف العبد وبالتغييب عجز عن الوصول إلى حقه، فإن لم يحل دين الآخر حتى رجع في هبته باع له نصفه لأن برجوع المولى في الهبة عاد إلى قديم ملكه. ولو اعور قبل أن يضمن المولى ربع حصته لصاحب الأجل يباع نصفه في دينه لأن نصفه تلف عند الموهوب له فإن العين من الآدمي نصفه، ولو تلف كل العبد يضمن له نصف القيمة، فإذا تلف عنده نصفه بالأعورار يضمن له ربع القيمة ويباع نصفه في دينه لأنه له النصف، وإن اعور بعد ما رجع في هبته لم يضمن المولى شيئاً لصاحب الأجل ويباع نصفه معوراً لأن بالرجوع عاد العبد إلى قديم ملكة فقد ارتفع السبب الموجب للضمان لأنه عاد حق الغريم في البيع والاستسعاء كما كان، ولهذا لو هلك الكل في يد الواهب بعد الرجوع لم يضمن فكذا إذا هلك بعضه.

قال رحمه الله تعالى: **(وإن رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد)** لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها إليه. هذا إذا رده عليه قبل القبض مطلقاً أو بعده بقضاء لأنه فسخ من كل وجه، وكذا إذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط، وإن رده بعيب بعض القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا

مشتريه أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن وإن باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء رد البيع

للمولى على القيمة لأن الرد بالتراضي إقالة وهو بيع في حق غيرهما، وإن فضل من دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية. وفي المحيط: إذا باع القاضي وهلك الثمن في يده ثم وجد المشتري به عيباً فرده فباعه مرة أخرى وقضى المشتري ثمنه، وكذا لو باعه مولاه بأمره إلا أن الأمين لا يضمن النقصان والمولى يضمن النقصان ثم يرجع به على الغرماء لأن المولى عليه عهدة. ولو باعه مولاه وضمن قيمته للغرماء ثم وجد به عيباً فلم يرده عليهم ثم حدث به عيب آخر رجع على البائع بنقصان العيب الأول من الثمن ولم يكن على البائع شيء من تلك القيمة ولا يرجع بالنقصان على الغرماء وهذا قول الإمام. وعندهما يرجع على الغرماء بحصة العيب وهذه فروع المسألة المذكورة في الصلح وهي أن من اشترى عبداً فباعه من غير ثم إن المشتري الثاني وجد فيه عيباً فمات يد رجع على بائعه بنقصان العيب ولا يرجع بائعه على بائعه بذلك عند الإمام خلافاً لهما. وقيل: هذا قولهم جميعاً وهو الظاهر. والفرق بين هذه ومسألة الصلح أنهم هنا الغرماء يقولون للمشتري إنك التزمت هذه الغرامة بطيب من نفسك فإنك كنت ممكناً من رد العبد علينا فلا يلزمك هذا النقصان، فلما لم تفعل فقد التزمت هذه الغرامة. ولو ادعى المشتري عيباً يحدث مثله فصالحه من دعواه مع المشتري على شيء ليس له أن يرجع على بائعه لأنه رضي بالتزامه هذه الغرامة ا هـ. قال رحمه الله: **(أو مشتريه)** وهو معطوف على البائع لأن كل واحد منهما متعد في حق الغرماء البائع لما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض والتعييب. قال رحمه الله: **(أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن)** أي الغرماء إن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا آخذ القيمة لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما إذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لأنها وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له، ولا كذلك ما نحن فيه، فحاصله أن الغرماء يخيرون بين ثلاثة أشياء: إجازة البيع وتضمين أيهما شاءوا، ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين، وإن ضمنوا البائع سلموا المبيع للمشتري ولزم البيع لزوال المانع وأيهما اختار تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه، وإن تويت القيمة عند الذي اختاره لأن المخير بين شيئين: إذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر، ولو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو باليمين لأن حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء وإن قضى لهم بالقيمة. وإن شاءوا ردوهما وأخذوا البعد فيبيع لهم لأنه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك؛ كذا ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط. قال الشارح: الحكم المذكور في المغصوب مشروط بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك، وإنما شرط أن تدعي الغرماء أكثر مما ضمن وإن

. . . .

كمال حقهم لم يصل إليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لأن الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار إذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا ملخصاً ا هـ. ويجاب عنه أنه لما كانت السعاية بها يحصل لهم كمال ماله لم يظهر ما ذكره الشارح وشرطوا دعواهم ولم يتعرضوا لحكم الثمن إذا ضاع. وفي الغناية: ولو هلك الثمن في يد المولى وقد أجازوا الغرماء البيع لا ضمان عليه، ولو أجاز بعض الغرماء البيع وضمن البعض جاز.

قال رحمه الله: **(وإن باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء رد البيع)** لأن حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة وكان لهم رده، وفائدة الإعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وإن لم يكن لازماً في حق الغرماء. هذا إذا كان الدين حالاً وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يوفي بديونهم، وإن كان دينهم مؤجلاً فالبيع جائز لأنه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لأن حق الغرماء يتأخر بخلاف الحال. وفي النهاية: زاد أو رضي الغرماء بالبيع فلا يكون لهم الرد، وهذا بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له أن يبيعه لأن المرتهن ملك الرقبة فلا يقدر على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد المأذون ولا في كسبه، وإذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الثمن وطلب الغرماء وفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء وهي مسألة الكتاب على ما بينا. لا وذكر محمد في الأصل أنه باطل واختلفوا في معناه؛ فقال بعضهم معناه إنه سيبطل لأن للغير حق ابطاله، وقال بعضهم معناه إنه فاسد بدليل ما قال في الأصل: إنه إذا أعتقه المشتري بعد القبض أو دبره صح ذلك ويلزمه قيمته. وفي العناية: فإن قيل: إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً الفداء فما باله ههنا لا يكون مختار القضاء الدين من ماله؟ الجواب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فإذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه، وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقال أنا أقضي دينه وذلك عدة بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لأن قوله أنا أقضى دينه ويحتمل الكفالة فلا يتعين عدة. والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به لأنه لا دليل على غيره، وإذا جنى العبد المأذون طولب المولى بالدفع أو الفداء لأن الخصم في رقبة العبد المأذون هو المولى لأنها كسب المولى لا كسب المأذون، ولهذا لو ادعى إنسان في رقبته حقاً ينتصب المولى خصماً للمدعي لا للمأذون، وكذا لاتباع رقبة المأذون المديون إلا بحضرة المولى لعله يختار الفداء لأن الإذن للعبد لا يعجز الملك عن الدفع لأنه باقٍ على ملكه، وكل تصرف أصابه المالك في العبد فلا يعجزه عن الدفع لا يصير به مختاراً لما بين في كتاب الجنايات. وإن

....

دفعه بالجناية فلحقه دين بيع في الدين ويرجع أصحاب الجناية بقيمته على مولاه لأن حقهم ثبت في عبد فارغ عن الدين، وإنما صار مشغولاً من جهة المولى بعد ثبوت حقهم فصار ضامناً بخلاف ما لو جنى العبد بعد لحوق الدين ودفعه المولى إلى أصحاب الجناية ثم تبع العبد بعد الدفع بدين الغرماء لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشيء لأنه وصل إليهم قدر حقهم فإن حقهم في عبد مشغول بالدين يباع فيه وقد وصل إليهم كذلك، وكذلك لو أذن له ولم يلحقه دين حتى قتل رجلاً خطأ ثم لحقه دين ألف درهم فدفع بالجناية وبيع في الدينين رجع صاحب الجناية الأخيرة على مولاه بنصف قيمته حصته من الدين الباقي لأنه لو وجب الدينان قبل الجناية لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشيء، ولو وجب الدينان بين الجناية يرجع أصحاب الجناية على المولى بجميع قيمة العبد، وإذا وجب أحدهما قبل الجناية والآخر بعدها كان لكل دين حكم نفسه أقر على عبده بجناية ثم بجناية دفع إليهما نصفين ثم يرجع صاحب الجناية الأولى على المولى بنصف قيمته إذا تكاذبا الأولياء لأن الإقرار بالجناية الثانية إقرار بتملك العبد من أولياء الجناية، وصحة تمليك العبد من أولياء الجناية لا يمنع صحة الإقرار بالجناية الثانية، وبالإقرار بالجناية لا يصير مختاراً للفداء ولا ضامناً قيمة العبد لأنه لا يعجز عن الدفع ويمكنه دفع جميع العبد إلى أصحاب الجناية الأولى. على عبده المأذون دين معروف أو أقر به المولى ثم أقر عليه بجناية لم يصدق إلا أن يقضي دينه، ولو كان عليه جناية معروفة وأقر المولى على عبده بالجناية الثانية صح إقراره.

والفرق أن دين العبد يمنع المولى من تمليك العبد من غيره إلا برضا الغرماء ألا ترى لو باعه أو وهبه كان لهم أن ينقضوا فكذا يمنع صحة الإقرار بما يوجب تمليكه من غيره، فأما جناية العبد لا تمنع المولى من تمليك العبد من غيره ألا ترى لو باعه أو وهبه من غيره صح ولم يكن لولي الجناية نقضه وفقهه أن دين العبد واجب في ذمة العبد لا في ذمة المولى وتعلق بماليته والمالية في العبد والحق الثابت في العين عجز المالك من تمليكه من غيره لا يتضمن إبطال حق الغير كحق المرتهن في الرهن، فأما موجب جناية العبد تجب في ذمة المولى وهو الدفع أو الفداء إلا أنه يتعلق بالعبد وهو دفعه ولا يتعلق بماليته، وإذا كان موجب الجناية يتعلق بذمة المولى فلا يحجزه عن التصرف فيه لأنه تصرف في محل خالص له لا حق للغير فيه إلا أنه إذا استهلكه ضمن قيمته لأن العبد محل إقامة حقهم وهو الدفع فصار كنصاب الزكاة وجبت فيه الزكاة ولا يحجر المالك عن التصرف فيه، وإذا استهلكه ضمن فكذا هذا. ولو قتل رجلاً عمداً وعليه دين فصالح المولى على أن جعل العبد لأصحاب الجناية بحقهم لم يجز وليس لهم أن يقتلوه وقد سقط القصاص ويباع في الدين، فإن فضل شيء كان لصاحب الجناية وإلا فلا شيء له على أحد أبداً لأن تملك المولى العبد من ولي القصاص بالصلح لو صح يؤدي إلى إبطال حق الغرماء وفي المحيط: محجور اشترى ثوباً ولم يعلم مولاه بذلك حتى باع العبد

وإن غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم ومن قدم مصراً وقال عبد زيد فاشترى

ثم أجاز شراءه لم يجز الشراء أبداً، ولو باع ثوباً من رجل ثم إن المولى باع العبد وأجاز البيع جاز لأن بيع العبد لم يفسخ البيع الموقوف فالإجازة صادفت عبداً موقوفاً فصحت. عبد محجور أدان رجلاً فنهى مولاه من عليه الدين أن يدفع إلى العبد فقضى الغريم عين ما أخذه بريء عند الإمام في الوجهين لأن الإدانة من المحجور عليه موقوفة وحقوق العقد ترجع إلى العاقد في الثابت والموقوف جميعاً كما في الفضولي إذا أدان ماله غيره فقضاه المديون برئ فكذا هذا. وفي المحيط: عبد محجور عليه دين اكتسب دراهم بغير إذن السيد واشترى بها ثوباً والسيد ينظر إليه فسكت صار العبد مأذوناً في التجارة وللمولى أن يرجع بالدراهم على البائع ويرجع البائع بالدارهم ديناً على العبد. محجور اشترى داراً وباعها ثم بلغ المولى فأجاز البيع والشراء قال يجوز الشراء ولا يجوز البيع لأنه لما أجاز الشراء فقد ظهر ملك المولى باتاً على موقوف فأبطله. وفي المحيط: أسروا العبد المأذون وأحرزوه ثم ظهر المسلمون عليهم أخذه مولاه بغير شيء قبل القسمة وبعدها بقيمته، فإن كان جنى جناية وكان عليه دين لزماه. قال رحمه الله: **(وإن غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم)** يعني لو باع المولى عبده المأذون المديون وقبض الثمن وتسلمه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصماً للغرماء إذا أنكر المشتري الدين وهذا عند الإمام ومحمد. وقال أبو يوسف: يكون المشتري خصماً ويقضي لهم بدينهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً وهبها وسلمها إليه ثم غاب المشتري والواهب ثم حضر الشفيع فالموهوب له لا يكون خصماً عندهما خلافاً له هو يقول: إن ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين فيكون خصماً فيها كما لو ادعى ملك العبد. ولهما أن الدعوى تقتضي فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه بخلاف ما إذا ادعى الملك لأن صاحب اليد يظهر في الانتهاء أنه كان غاصباً منهم والغاصب يكون خصماً، وبخلاف دعوى الرهن لأن فيه فائدة لأن الرهن لا يباع. ولو صدق المشتري في الدين كان للغرماء أن يردوا المبيع بالإجماع لأن إقراره حجة عليه فيفسخ بيعه إذا لم يوف الثمن بديونهم، ولو كان البائع حاضراً والمشتري غائباً فلا خصومة بينهم وبين البائع بالإجماع حتى يحضر المشتري لأن الملك واليد للمشتري ولا يمكن وهو غائب إبطالهما لكن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لأنه صار ملزماً بحقهم بالبيع والتسليم، فإذا ضمنوه القيمة جاز البيع وكان الثمن للبائع، وإن اختاروا إجازة البيع أخذوا الثمن، ولو قال إذا غاب أحدهما فالحاضر ليس بخصم إذا أنكر لكان أولى اهـ.

قال رحمه الله: **(ومن قدم مصراً وقال عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة)** يعني يقبل قوله في الإذن في حق كسبه حتى تقضى بها ديونه والمسألة على وجهين: أحدهما أن يخبر أن المولى أذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل، والقياس أن لا يصدق.

وباع لزمه كل شيء من التجارة فإن حضر وأقر بالإذن بيع وإلا فلا وإن أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون له.

وجه الاستحسان أن الناس يعاملونه من غير اشتراط شيء من ذلك وإجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس، ولأن في ذلك ضرورة وبلوى فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن، وما ضاق على الناس أمره اتسع بحكمه، وما عمت بليته اتسعت قضيته. والثاني أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء ففي الاستحسان يثبت إذنه لأن الظاهر أنه مأذون لأن عقله ودينه يمنعه عن ارتكاب المحرم لأن الظاهر هو الأصل فيعمل به فصح تصرفاته، وإن لم يوف الكسب بالدين لاتباع رقبته لأنها ملك المولى فلا يصدق فيه ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن تباع فيه كما لو كان المديون مدبراً أو أم ولد بخلاف الكسب. فإن المولى لا يملكه. وفي المحيط: لو جاء بأمة فقال هذه أمتي فبايعوها فولدت ثم استحقت ضمن لهم قيمتها وقيمة أولادها ولا يضمن ما وهب لها وما اكتسب ويضمن القيمة في كل يوم الاستحقاق لا يوم الغرور. ولو قال لأهل السوق بايعوه ثم نهى واحداً أو اثنين عن مبايعته ثم استحق لم يضمن لمن نهاه لأن التخصيص في الحجر عن المبايعة صحيح، ولو دخل رجل بعبده من السوق وقال هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة وقد لحقه دين ثم وجد حراً لم يكن غاراً، ولو قال بايعوه ضمن لهم الأقل من القيمة ومن الدين. والفرق أن الأمر بالمبايعة لا ينفك عن وجوب الدين والإذن ينفك. ولو قال هذا عبدي فبايعوه وقد أذنت له في التجار ولو لم يقل أذنت فهو غار. ولو قال هذا مدبري قد أذنت له في التجارة فلحقه دين فاستحقه رجل لم يضمن الذي غرهم شيئاً. ولو قال بايعوه في البر ضمن إذا بايعوه في كل نوع. ولو قال أذنت له في التجارة لأقوام بأعيانهم فبايعوه وغيرهم فوجد حراً أو مستحقاً للغير ضمن لمن أمره خاصة. فإن قلت: قد تقدم أن العبد يباع في الدين إذا أذن له ولو لم يقل بايعوه وهنا لا يضمن إلا إذا قال أذنت وبايعوه. قلنا: هذا ضمان غرور فلهذا ضمن لم أمره خاصة قدر حصتهم لأن الناس يتفاوتون في المعاملات. ولو قال بايعوه ولم يقل إنه عبدي لم يكن غاراً ولم يضمن لأحد شيئاً، ولو كان الذي قال هذا عبدي صبياً أو مكاتباً أو مدبراً لا تجوز كفالته لم يضمن شيئاً ا هـ. وفيه: لو قال هذا ابني وقد أذنت له في التجارة فبايعوه وقد كان ابن غيره فهو غار لأنه أطمعهم أن ديونهم تجب في ذمة الصبي وتستوفى من ماله بسبب إذنه وقد ظهر الأمر بخلافه ا هـ. قال رحمه الله: (**فإن حضر وأقر بالإذن بيع وإلا فلا**) يعني إذا حضر المولى وأقر بإذنه بيع في الدين لظهور الدين في حقه بإقراره، وإن قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر إلا إذا أثبت الغرماء الإذن منه بالبينة كالثابت عياناً إذ هي مثبتة كاسمها.

قال رحمه الله: (**وإن أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء**

....

والبيع كالعبد المأذون له) في جميع ما ذكرناه من الأحكام فلا يتقيد بنوع من التجارات دون نوع ويكون مأذوناً بالسكوت حين يراه يبيع ويشتري وصح إقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عند الإمام خلافاً لهما إلى غير ذلك من الأحكام التي ذكرها في العبد المأذون. والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال: لا تنفذ تصرفاته، وبيان الدليل من الجانب بين مذكور في المطولات. فإن قلت: كيف يستقيم تعميم قوله أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال الصبي وإن كان عليه دين محيط بماله والرواية في المبسوط؟ قلت: الجواب من وجهين: إن ما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرفات العبد في ماله وتصرفات الصبي في ماله لا في تصرف المولى وعدمه فلا يرد نقضاً. والثاني وهو الفرق المذكور في المبسوط إنما ملك الأب والوصي التصرف في مال الصبي سواء كان عليه دين أو لا، لأن دين الحرية في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف العبد فإن دينه يتعلق بماله. والمراد بالولي ولي له التصرف في المال وهو أبوه أو وصي الأب ثم جده ثم القاضي أو وصي القاضي، وأما ما عدا الأصول من العصبة كالعم والأخ أو غيرهما ووصيهم وصاحب الشرطة لا يصح إذنهم له لأنهم ليس لهم أن يتصرفوا في ماله تجارة فكذا لا يملكون الإذن له فيها والأولون يملكون التصرف في ماله فكذا يملكون الإذن له في التجارة وكذا للصبي، والمعتوه أن يأذن لعبده أيضاً لأن الإذن في التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه أن يأذن لأبيه المعتوه ولا أن يتصرف في ماله، وكذا إذا كان الابن مجنوناً لأن ولاية التصرف في المال للقريب لا تثبت إلا إذا كان المتصرف كامل الرأي ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبراً بهما فيملك الإذن للصغير والمعتوه الذي بلغ معتوهاً، وإذا بلغ رشيداً ثم عته كان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول: لا يصح الإذن له قياساً وهو قول أبي يوسف رحمه الله، ويصح استحساناً وهو قول محمد رحمه الله تعالى. وليس للصبي والمعتوه المأذون ولهما أن يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما لأنه ليس من باب التجارة إلا أن يأذن لهما المولى بالتزوج أو بتزويج الأمة لأن الولي يملك ذلك فيملك تفويضه إليها بخلاف المولى فإنه يملك تزويج عبده المأذون له فيملك العبد أيضاً إذا فوض إليه وإن كان لا يملك عن إطلاق الإذن. فحاصله أن الصبي والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له في جميع ما ذكرنا من الأحكام إلا أن الولي لا يمنع من التصرف في مالهما وإن كان عليهما دين، ولا يقبل إقراره عليهما وإن لم يكن عليهما دين بخلاف المولى. والفرق أن إقرار المولى عليهما شهادة لأنه إقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وإنما هو في الذمة لأنهما حران فكان للمولى عليهما أن يتصرف فيهما بعد الدين كما كان قبله. فإن قيل: إذا لم يملك المولى الإقرار عليهما فكيف يملكانه وولايتهما مستفادة منه؟ قلنا: لما انفك عنهما صار

فصل

....

كما إذا انفك بالبلوغ فيقبل إقرارهما على أنفسهما بخلاف المولى لأنه إقرار على غيره فلا يقبل على ما بينا، ولأنهما لو لم يقبل إقرارهما تمتنع الناس عن معاملتهما فلا يحصل المقصود بالإذن فالجأت الضرورة إلى قبوله فيما هو من التجارة لأن التجارة فيها حتى لو أقر بعين موروثة في ملكهما لا يقبل إقرارهما فيما روي عن أبي حنيفة لعدم الحاجة إلى القبول لأنه ليس من باب التجارات، وفي ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا أن انفكاك حجره بالإذن كانفكاكه بالبلوغ والله تعالى أعلم.

فصل

وغير الأب والجد لا يتولى طرفي عقد المعاوضة المالية لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فيصير الواحد طالباً مطالباً ومستلماً ومتسلماً وهكذا الحال. وكذا الأب والجد قياساً وهو قول زفر رحمه الله ويجوز استحساناً وهو أن لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارأته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فجعل كأنه باعه منه وهو بالغ وهو يتحمل لحق الأبوة لحقوق العقد نيابة عنه حتى إذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير، وفيما إذا باع ماله لأجنبي فبلغ الصغير كانت العهدة على الأب بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدي إلى الاستحالة. ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه أن يقول بعته منه أو اشتريته له لأن كلامه قائم مقام كلامين، ولأن نفس القبول لا يعتبر وإنما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطي من غير إيجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا. ولو وكل رجلاً بأن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشتري عبده الصغير له ففعل لا يصح العقد كمال هذه الشفقة فلا يمكن إلحاقه بالأب فبقي على أصل القياس إلا إذا كان حاضراً. وقيل: إنه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه أو من جانب الأب على الوكيل لأن تصرف الأب لنفسه فإنه مباح وللصغير فرض لأنه من باب النظر فيجعل الأب متصرفاً للصغير تحقيقاً للنظر. ولو وكل رجلاً ببيع مال ولده فباع من موكله أو باع الوالد مال أحد ولديه بمال الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما وكيلاً ووصياً صح، ولو أذن لهما أو لعبديهما أو وصيهما فتبايعا لم يجز لأنهما استفادوا ولاية التصرف عنه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف ما لو أذن الأب لأنه لو فعل بنفسه صح فإذا فعل بإذنه وصح بيع الوصي ماله من الصبي وشراؤه منه بشرط نفع ظاهر روهو أن يبيع ما يساوي درهمين بدرهم، وقيل ما يساوي ألفان بثمانمائة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة. وله أن الوصي مختار الأب ولكنه قاصر الشفقة فعند أبي حنيفة النظر يلحق بالأب ويروي رجوع أبي يوسف رحمه الله إلى قول أبي حنيفة رحمه الله. وفي الجامع الكبير: وإن باع

....

بمثل القمية أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن في مثله جاز. وفي الخانية: العبد والوصي إذا باع بغبن فاحش يجوز بيعه في قول الإمام. وفي جامع الفتاوى: الأب إذا أذن لابنيه في التجارة ثم أمر رجلاً أن يشتري من أحدهما شيئاً للآخر لا يصح إذا كان هو المعبر عنهما، وإن عبر عن أحدهما والآخر عن نفسه جاز. وفي الخانية: وليس للصبي أن يزوج أمته في قول الإمام، والثالث لا يزوج أمته من عبده عند الكل. وفي الذخيرة: وإذا حجر عليه القاضي أو الأب أو الوصي صار محجوراً وكذا إذا مات الأب أو الوصي صار محجوراً عليه، وإذا أذن لعبده ابنه ثم مات الابن ورثه الأب صار محجوراً عليه. وفي المحيط: وإذا باع صبي محجور عبده بألف درهم وضمن رجل للمشتري الدرك ثم دفع الثمن فاستحق العبد رجع المشتري بالثمن على الكفيل، ولو دفع الثمن ثم ضمن لم يرجع لأن الكفالة قبل قبض الثمن صحيحة وبعده فاسدة لأن الثمن بعد قبض الصبي أمانة عنده لأنه قبضه بإذن المالك قال ادفع الثمن للصبي ليكون أمانة عنده على أني ضامن لك فيصير مستقرضاً للمال من المشتري ثم أمر بدفعه إلى الصبي فينوب قبض الصبي عن قبض الضامن أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه اهـ. والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الغصب

هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل والاستخدام

كتاب الغصب

أورد الغصب بعد الإذن في التجارة لوجهين: أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلاً حتى صح إقرار المأذون به ولم يصح بدين المهر من أنواع التجارة دون الثاني إذ المغصوب ما دام قائماً بعينه لا يكون الغاصب مالكاً لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبته وما في يده من مال التجارة إلا أنه قدم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع؛ كذا في النهاية. ونظر في هذه المناسبة بأن الغصب عبارة عن إزالة اليد والإزالة ليست من أنواع التجارة والذي أرى أن وجه المناسبة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: المأذون يتصرف في الشيء بالإذن الشرعي والغاصب يتصرف لا بالإذن الشرعي فبينهما مناسبة المقابلة. والكلام في الغصب من وجوه: الأول في معناه لغة، والثاني في ركنه، والثالث في شرطه، والرابع في صفته، والخامس في حكمه، والسادس في أنواعه، والسابع في دليله، والثامن في معناه عند الفقهاء فهو في اللغة عبارة عن أخذ الشيء على وجه الغلبة والقهر، سوا كان متقوماً أو غيره. يقال غصبت زوجة فلان وولده ويطلق على حمل الإنسان على فعل ما لا يرضاه يقال غصبني فلان على فعال كذا. وركنه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة، وشرطه كون الغاصب قابلاً للنقل وللتحويل، وصفته أنه حرام محرم على الغاصب ذلك، وحكمه وجوب رد المغصوب إن كان قائماً ومثله إن كان هالكاً أو قيمته. وأنواعه وهو على نوعين: نوع يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن علم أنه مال الغير، ونوع لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له ودليله قوله تعالى ﴿وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً﴾ [الكهف: ٧٩] ومعناه عند الفقهاء ما سيذكره المؤلف قال رحمه الله: **(هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل)** فقوله «هو إزالة اليد المحقة» اخرج زوائد المغصوب فإنها غير مضمونة لأنه ليس فيها

....

إزالة، وكذا لو غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن لعدم الإزالة. وقوله «في مال» شمل المال المتقوم وغير المتقوم، وبقوله «محترم» أخرج الخمر والخنزير إذا كان لمسلم فإنه لا يكون غاصباً، وبقوله «محترم» أخرج مال الحربي فإنه غير محترم وقوله «قابل للنقل» أخرج العقار، ولا يخفى أن هذا التعريف غير جامع ولا مانع، أما كونه غير جامع فإنه لا يشمل ما إذا قتل إنسان إنساناً في معاركة وترك ماله ولم يأخذه فإنه يكون غاصباً إذ لم تزل يد المالك ولم تثبت يده، ولأنه لا يشمل ما إذا غصبها من يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن أو المودع أو غصب مال الوقف مع أنه لم تزل اليد المحقة. وأفتى الإمام ظهير الدين أنه لا يضمن فإن الغاصب في هذه الحالة لم تزل يده يد المالك هنا بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع تحققها فيزاد في التعريف وبعضه ولذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعاً أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده أو تقصير يده إن لم يكن في يده، وأما كونه غير مانع فإنه يصدق على السرقة فيزاد في التعريف على سبيل المجاهرة ولهذا قال في البدائع: على سبيل المجاهرة أخرج السرقة. قال في الهداية: بغير إذن المالك. قال صاحب الإصلاح والإيضاح: بغير إذن. قال في شرحه: وإنما لم يقل بإذن مالكه لأن كون المأخوذ ملكه ليس بشرط لوجوب الضمان فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً؛ كصرح به في البدائع.

قال رحمه الله: **(والاستخدام والحمل على الدابة غصب)** لأنه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير إذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة، ومن ضرورة إثبات اليد إزالة يد المالك عنه فيتحقق الغصب فيضمن. أطلق في الاستخدام فشمل ما إذا استخدمه في حاجة نفسه أو غيره وإنما يكون غاصباً في الأول. قال في فتاوى أهل سمرقند: هذا إذا استعمله في أمر من أمور نفسه أما إذا استعمله لا في أمر نفسه لا يصير غاصباً اهـ. واستعمال عبد الغير غصب علم أنه للغير أو لم يعلم فلو جاءه وقال أنا حر فاستعماله كان غصاباً له. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال لعبد الغير ارق هذه الشجرة فات بالمشمش لتأكل أنت فوقع من الشجرة فمات لم يضمن الآمر. وفي السراجية: وقيل يضمن. ولو قال لآكل أنا وباقي المسألة بحالها يضمن. في الخانية: رجل أرسل غلاماً صغيراً في حاجة بغير إذن أهله فرأى الغلام غلماناً يلعبون فانتهى إليهم وارتقى شجرة فوقع ومات ضمين الذي أرسله لأنه غاصب له بالاستعمال. وفي الينابيع: لو استخدم عبد غيره أو قاد دابته أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها شيئاً بغير إذن المالك ضمن سواء عطبت في تلك الخدمة أو غيرها، ولو أبق العبد في حال الاستخدام ضمنه. وفي أجناس الناطفي: إذا استعمل العبد المشترك بغير إذن شريكه روي عن محمد لا يصير غاصباً، وروى هشام أنه يصير غاصباً نصيب صاحبه، وفي الدابة يصير غاصباً صاحبه بالحمل والركوب، وفي الروايتين فظاهر عبارة المتن أنه يصير غاصباً

والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط ويجب رد عينه في مكان غصبه أو

بنفس الحمل حولها عن مكانها أو لا. قال في فتاوى أبي الليث: ركب دابة بغير إذن مالكها ثم نزل عنها وتكرها في مكانها ذكر في آخر كتاب اللقطة أنه يضمن، والصحيح أنه لا يضمن حتى يحولها، وفي الغياثية هو المختار، وفي المنتقى لا ضمان عليه. رجل تعدى على ظهر دابة ولم يحولها عن موضعها وجاء رجل آخر وعقرها فالضمان على الذي عقرها. وفي أجناس الناطفي: رجل يكسر الحطب فجاء غلام وقال اعطني القدوم حتى أكسر أنا مكانك فأبى صاحب الحطب فأخذ الغلام القدوم فكسر فضرب فوقع بعض المكسور على عين الغلام لا يكون على صاحب الحطب شيء، ولو وجه جارية إلى النخاس ليبيعها فبعثتها امرأة النخاس في حاجتها فهربت فالضمان على المرأة. وفي فتاوى أبي الليث: جارية جاءت إلى النخاس وطلبت البيع ثم ذهبت ولا يدري أين ذهبت وقال النخاس رددتها على مولاها فالقول له، والمعنى أن النخاس لم يأخذ الجارية ومعنى الرد أمرها بالذهاب إلى منزل السيد فلو أخذها النخاس أو ذهب بها إلى منزل مولاها فلا يصدق في قوله رددتها، فلو قال رحمه الله «وبالاستخدام له والحمل والتحويل» لكان أولى لما علمت. قال رحمه الله: **(لا الجلوس على البساط)** لأن الجلوس على بساط الغير ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به المتعلق به عند التنازع ما لم يصر في يده والبسط فعل المالك فبقي أثر يد المالك فيه ما بقي فعله لعدم ما يزيله من النقل والتحويل.

قال رحمه الله: **(ويجب رد عينه في مكان غصبه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترد» أي على صاحب اليد وقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعباً ولا جاداً وإن أخذه فليرده عليه» والمعنى أنه لا يزيد أن يأخذه سرقة ولكن يريد إدخال الغيظ عليه، ولأنه بالأخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لأن المالك يتوصل بها إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والإذن مع أنها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعاً للضرر عنه، وأتم وجوهه ردِ عينه في مكان غصبه لأن المال يختلف باختلاف الأماكن ورد العين هو الموجب الأصلي لأنه أعدل ورد القيمة أو المثل مخلص فيصار إليه عند تعذر رد العين، ولهذا لو أتى بالمثل أو القيمة عند القدرة على العين لا يعتد به، ولو رد العين من غير علم المالك برئ منها ولو لم يكن هو الموجب الأصلي لما برئ إلا إذا علم وقبضه كما في قبض المثل أو القيمة وقبل الموجب الأصلي هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص، ولهذا لو أبرأه عن الضمان حين قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والإبراء عن العين لا يصح. ولو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب المثل أو القيمة ووجوب رده في مكان غصبه مقيد بما إذا لم يتعين بزيادة أو نقصان كما سيأتي، وكذلك

مثله أن هلك وهو مثلي وإن انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة وما لا مثل له فقيمته يوم

يجب أداء القيمة في مكان غصبه ففي الخانية: رجل غصب عبداً حسن الصوت فتغير صوته عند الغاصب كان له النقصان، ولو كان العبد مغنياً فنسي ذلك عند الغاصب لا يضمن الغاصب، وفي المنتقى: غصب من آخر دواب بالكوفة فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذها وإن شاء قيمتها بالكوفة قال: وكذا الخادم وكذا ماله حمل ومؤنة إلا الدراهم والدنانير فإنه يأخذها حيث وجدها وإن اختلف السعر لأنها أثمان، وليس له أن يأخذ القيمة. وإن كان المغصوب مثلياً وقد هلك في يد الغاصب، فإن كان السعر في المكان الذي التقيا فيه مثل السعر في مكان الغصب أو أكثر برئ برد المثل، وإن كان في المكان الذي التقيا فيه أقل فهو بالخيار إن شاء أخذ قيمة العين حيث غصبه، وإن شاء انتظر. وفي الخانية: فإن كانت القيمة في المكانين سواء كان للمغصوب منه أن يطالبه بالثمن. وفيها عن أبي يوسف: رجل غصب حنطة بمكة وحملها إلى بغداد قال عليه قيمتها بمكة، ولو غصب غلاماً بمكة فجاء به إلى بغداد فإن كان صاحبه من أهل مكة عليه قيمته، وإن كان من غير أهل مكة أخذ غلامه. وفي الينابيع قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف في رجل غصب عبداً فذهب به إلى قرية فلقيه المغصوب منه فخاصمه فهي بالخيار إن شاء أخذ عبده بعينه، وإن شاء أخذ قيمته يوم غصبه اهـ. فلو زاد المؤلف ومكان غصبه حيث لا يتغير ولا يقل لكان أولى. قال رحمه الله: **(أو مثله أن هلك وهو مثلي)** يعني يجب عليه مثل المغصوب إن هلك عنده لقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] ولأن حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل فكان أعدل وأتم فكان إيجابه أولى من القيمة. وأطلق في المثل فشمل الناطف المبذر والدهن المربى. وفي التتارخانية بر قوم: ومشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المبذر والدهن المربى فقالوا: لواجب القيمة فيهما. وفي السير الكبير: ومن أتلف على آخر جبنه فعليه قيمة الجبن مع أنه مثلي موزون، والمراد بالمثلي المكيل والموزون الذي ليس في تبعيضه ضرر والعدد المتقارب والبيض والفلوس الرائجة وما أشبه ذلك من العددي الذي لا يتفاوت. قال رحمه الله: **(وإن انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة)** يعني إذا انقطع المثلي عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته يوم الخصومة وهذا قول الإمام. وقال الثاني: يوم الغصب. وقال محمد: يوم الانقطاع لأن المثل هو الواجب والقيمة إنما يصار إليها للعجز عنه والعجز في يوم الانقطاع فيعتبر فيه، وللثاني أن المثل لما انقطع التحق بالقيمي وفيه يعتبر القيمة يوم الغصب. وللإمام أن المثل هو الواجب بالغصب وهو باقٍ في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان له ذلك وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت؛ ذكره في النهاية. وقال في النهاية فإن قلت:

. . . .

ولم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه؟ قلت: لعله أن يكون هو المختار لأنه أعدل الأقوال.

قال رحمه الله: **(وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه)** وهذا بالإجماع وهو المذروع والحيوان والمعدودات المتفاوتة، والوزني الذي يضره التبعيض لأنه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فوجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لأنها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه. وقال الإمام مالك: يضمن مثله صورة لما روي عن أنس رضي الله عنه قال: كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد بعض أرواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فكسرتها وجاءت بقصعة مثل تلك القصعة في يدها فاستحسن رسول الله ﷺ ذلك منها الحديث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في عبد بين رجلين يعتق أحدهما نصيبه فإن كان موسراً ضمن نصيب الآخر، وإن كان معسراً سعى العبد في قيمة نصيب شريكه. وهذا نص صريح في اعتبار القيمة فيما لا مثل له والآية شاهدة لنا لأنه هو المثل المتعارف بين الناس، وفعل عائشة رضي الله تعالى عنها كان على طريق المروءة ومكارم الأخلاف لا على طريق الواجب إذ كانت القصعتان للنبي ﷺ. قال صاحب النهاية: وتحقيقه أن معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لأن الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى اهـ. فعلى هذا كان على المؤلف رحمه الله تعالى أن يغير العبارة فيقول وما لا مثل له من جنسه. وأطلق في قوله «يوم غصبه» فشمل ما إذا زادت قيمته بعده أو نقصت أو استمرت على حالة واحدة. وفي شرح الطحاوي: ولو غصب من رجل عبداً أو جارية ثمنها ألف درهم فازدادت قيمته أو نقصت ثم هلك عنده ضمن قيمته يوم غصبه بالإجماع ولو لم يهلك ورده على صاحبه، فإن كان النقصان في القدر ضمن قيمة النقصان، وإن كان النقصان في السعر لا يضمن. وشمل ما إذا هلك أو استهلكه بعد زيادة القيمة أو نقصانها أو استمرارها على حالة واحدة، وأما إذا هلك أو استهلكه في يد الغاصب أو المشتري من الغاصب. وفي شرح الطحاوي: ولو هلك بعد الزيادة نحو أن يبيعه ويسلمه إلى المشتري فهلك في يد المشتري فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وجاز البيع والثمن للغاصب، وإن شاء ضمن المشتري قيمته وقت القبض وبطل البيع ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن، ولو زادت قيمة العبد فقتله الغاصب ضمن عاقلته قيمة العبد يوم الغصب زائدة في ثلاث سنين وليس له أن يضمن الغاصب قيمته وقت التسليم على قول الإمام، وفي قولهما له أن يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب حالاً وإن شاء ضمن العاقلة قيمته يوم القتل زائدة في ثلاث سنين. ولو كان المغصوب حيواناً سوى بني آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة عند الإمام لا يضمن إلا قيمة يوم الغصب، وعندهما المغصوب منه بالخيار. وفي الفتاوى العتابية: ولو زاد العبد ثم قتل

غصبه وإن ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لاظهره ثم قضى عليه ببدله والغصب فيما ينقل ويحول فإن غصب عقاراً وهلك في يده لم يضمنه وما نقص

نفسه لم يضمن الغاصب الزيادة اهـ. قال رحمه الله: **(وإن ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لاظهره ثم قضى عليه ببدله)** لأن حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه أنه صادق فيما يقول كما إذا ادعى المديون الإفلاس وليس لحبسه حد مقدر بل موكول إلى رأي القاضي كحبس الغريم بالدين، ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وأقام البينة فبينة الغاصب أولى عند محمد لأنه تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض، وعند أبي يوسف بينة المالك أولى لأنها تثبت وجوب الضمان والآخر منكر والبينة للإثبات. وأطلق في قوله «حبسه» ومحله ما إذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة. فإن قلت: قال في الذخيرة إن الغاصب إذا عيب المغصوب فالقاضي يقضي بالقيمة من غير تلوم فما وجه قوله؟ قيل في المسألة روايتان، وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواب والمذكور في الكتاب جواب الأصل؛ كذا في العناية. قال رحمه الله: **(والغصب فيما ينقل ويحول)** لأنه إزالة يد المالك بإثبات يد وذلك يتصور في المنقول، قيل النقل والتحويل واحد، وقيل التحويل النقل من مكان والإثبات في مكان آخر والنقل يشتمل عليه بدون الإثبات في مكان آخر. المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول فالقصر معتبر في التركيب المذكور وأداة القصر في هذا التركيب وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب ويتلوه نحو التوكل على الله، والكرم في العرب، والإمام من قريش.

قال رحمه الله: **(فإن غصب عقاراً وهلك في يده لم يضمنه)** وهذا عند الإمام وأبي يوسف. وقال محمد وزفر والشافعي: يضمنه وهو قول أبي يوسف أولاً. وفي العيني: ويفتى بقول محمد في عقار الوقف. ولأن الغصب يتحقق بوصفين بإثبات اليد العادية وإزالة اليد المحقة وذلك يمكنه في العقار لأن إثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فإذا ثبت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة ولهذا يضمن العقار المودع بالجحود والإقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء ولقوله عليه الصلاة والسلام «من غصب شبراً من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين»[1]. ولنا أن الغاصب تصرف في المغصوب بإثبات يده وإزالة يدا المالك ولا يكون ذلك إلا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وأقصى ما يكون فيه إخراج المالك منه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان، ومسائل الوديعة على الخلاف على الأصح فلا يلزمه ولئن سلم

---

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٣٧.

بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي وإن استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف

فالضمان فيما ذكر بترك الحفظ الملتزم. وإطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كإطلاق لفظ البيع على بيع الحر لقوله عليه الصلاة والسلام «من باع حراً» الحديث. لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لما عرف أن في لسان الشرع حقيقة ومجازاً. وفي هذا سؤال تقديره كيف جمع بين لفظ غصب وعدم الضمان مع أن الغصب موجب للضمان؟ وعلى هذا الخلاف لو باع العقار بعد الغصب وأقر بذلك وكذبه المشتري لا يقبل إقراره في حق المشتري لأن ملكه ظاهر ولا يضمن البائع عندهما لأنه لم يتلفه وإنما إتلافه مضاف إلى عجز المالك عن إقامة البينة. وفي الكافي: ولو غصب عقاراً وهلك في يده بأن غلب السيل عليه فهلك تحت الماء أو غصب داراً فهدمت بآفة سماوية أو سيل فذهب بالبناء لم يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد والشافعي وزفر وهو قول أبي يوسف أولاً: يضمن. وفي البزازية: والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي الينابيع: فإن حدثت هذه الأشياء بفعل أحد من الناس فضمانه على المتلف عندهما، وعند محمد هو مخير بين ضمان الغاصب والمتلف، فإن ضمن الغاصب يرجع على المتلف، وإن حدثت هذه الأشياء بفعل الغاصب وسكناه فالضمان عليه بالإجماع. وفي الكافي: وعلى هذا أي على غصب العقار لا ينعقد موجباً للضمان إذا باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخراً، وعند محمد يضمن قيمتها، ومعنى المسألة إذا باعها واعترف بالغصب وكذبه المشتري؛ كذا ذكره فخر الإسلام. قال رحمه الله: **(وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي)** وهذا بالإجماع. قال القدوري: كما إذا انهدمت أو ضعف البناء كما لو عمل فيها حداد فانهدمت أو ضعف البناء. والفرق لهما أنه أتلفه بفعله كما لو نقل ترابه والعقار يضمن بالإتلاف ولا يشترط لضمان الإتلاف أن يكون في يده ألا ترى أن الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن إلا بالحصول في اليد فعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير إذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل، وإن تلفت بركوبه يضمن لوجود الإتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير إذنه. وفي فتاوى أبي الليث: غصب أرضاً وزرعها وبنت فلصاحبها أن يأخذ الأرض ويأمر الغاصب بقلع الزرع تفريغاً لملكه، فإن أبى أن يفعل فللمغصوب منه أن يفعل. وفي الذخيرة: وإن لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع فالزرع للغاصب وللمالك أن يرجع على الغاصب بنقصان الأرض بسبب الزراعة، وإن حضر المالك والزرع لم ينبت، فإن شاء صاحب الأرض يتركها حتى ينبت الزرع ثم يأمر بقلع الزرع، وإن شاء أعطاه قيمة بذره لكن مبذوراً في أرض غيره وهو أن تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فيضمن فضل ما بينهما والبذر له. وفي العيون: غصب من آخر أرضاً وزرعها حنطة ثم اختصما وهي بذر لم تنبت بعد فصاحب الأرض

....

بالخيار إن شاء تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع زرعك، وإن شاء إعطاه ما زاد البذر فيه، وطريق معرفة ذلك أن تقوم مبذورة وغير مبذورة فيه فيضمن فضل ما بينهما.

وفي الحاوي: وروي عن أبي يوسف أنه يقوم الأرض غير مبذور فيها وتقوم وهي مبذور فيها بذر مستحق القلع فيضمن فضل ما بينهما وهو قيمة بذر مبذور في أرض الغير فيضمن الفضل. وفي الفتاوى: غصب حنطة فزرعها تصدق بالفضل إلا على قول أبي يوسف. وفي المنتقى للمعلى وفي نوادره عن أبي يوسف: أرض بين رجلين زرعها أحدهما بغير إذن شريكه فتراضيا على أن يعطي غير الزارع نصف البذر ويكون الزرع بينهما نصفين قال: إن كان ذلك منهما بعدما نبت الزرع فهو جائز، وإن كان قبل أن ينبت لا يجوز، وإن كان الزرع قد نبت وأراد الذي لم يزرع أن يقلع الزرع فإن الأرض تقسم بينهما نصفين، فما أصلب الذي لم يزرع من الزرع فله ويضمن له الزراع ما دخل أرضه من نقصان الزراعة. وقوله «بسكناه أو زراعته» ليس بقيد فلو غصب عقاراً وحبس عن صاحبه حتى نزت أرضه أو أرضاً حتى غلب عليها ما يمنع من الزراعة يضمن النقصان لظهور العيب عنده كما لو غصب عبداً وسرق ما في يده وهي حادثة الفتوى. وأجاب الفقير عنها بما ذكر أخذاً من مسألة العبد. وفي الأسبيجابي: رجل غصب أرضاً فأجادها وأخذ غلتها أو زرع الأرض كراً فخرج منه ثلاثة أكرار قال: يأخذ رأس ماله الكر ويتصدق بالفضل ويضمن الغلة ويضمن النقصان وهذا في قولهم جميعاً. وفي الكافي: ويأخذ الغاصب رأس ماله أي البذر وما أنفق وما غرم من النقصان ويتصدق بالفضل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعند الثاني لا يتصدق. غصب تالة من أرض إنسان وزرعها في ناحية أخرى من تلك الأرض فكبرت التالة وصارت شجرة فالشجرة للغارس وعليه قيمة التالة لصاحبها يوم غصبها ويأمر الغارس بقلع الشجرة، وكذلك لو غرس رجل تالة نفسه في أرض غيره فلصاحب الأرض أن يأخذه بقلعها، وإن كان القلع يضر الأرض أعطاه صاحب الأرض قيمة شجرته مقلوعة؛ كذا قيل، وفي التتمة يوم يختصمان. وعلى قياس مسألة الزرع الذي تقدم ذكرها يمكن أن يقال: أعطاه صاحب الأرض قيمة شجرة مستحقة القلع وفي التتمة سئل عمن غرس في أرض الغير غرساً فكبر هل لصاحب الأرض أن يقول ادفع لك قيمته ولا تقلعه؟ فقال: لا إنما للغارس أن يقلعه ويضمن النقصان إن ظهر في الأرض نقصان، وإنما لصاحب الأرض الأمر بالقلع فحسب، وسئل عنها علي بن أحمد فقال: للغارس قيمة الأغصان حين غرسها إذا كان في قلعها ضرر بالأرض ولم يتعرض هل يضمن القيمة وقت الغرس أو وقت القلع. وسئل الخجندي عمن غرس في أرض غيره فنبت هل للغارس أن يقلعها؟ فقال: له أن يقلعها إن لم تنقص الأرض. وفي فتاوى: رجل زرع أرض نفسه فجاء رجل وألقى بذره في تلك الأرض وقلب الأرض قبل أن تنبت بذر صاحب الأرض أو لم يقلب وسقى الأرض حتى نبت البذر فالنابت

يكون للثاني عند أبي حنيفة ويكون على الثاني قيمة بذره ولكن مبذوراً في أرض نفسه فتقوم الأرض ولا بذر فيها وتقوم وبها بذره فيرجع بفضل ما بينهما، فإن جاء الزراع الأول وهو صاحب الأرض وألقى فيها بذر نفسه مرة أخرى وقلب الأرض قبل أن ينبت البذران أو لم يقلب وسقى الأرض فنبتت البذور كلها فجميع ما نبت لصاحب الأرض وعليه للغاصب مثل بذره ولكن مبذوراً في أرض غيره، وهكذا ذكر ولم يسمع الجواب. والجواب المشبع أن الغاصب يضمن لصاحب الأرض قيمة بذره مبذوراً في أرض نفسه ويضمن صاحب الأرض للغاصب قيمة البذرين لكن مبذوراً في أرض الغير. وهذا كله إذا لم يكن الزرع نابتاً بها، فأما إذا نبت زرع المالك فجاء رجل وألقى بذره وسقى فإن لم يقلب حتى نبت الثاني فإن كان الزرع النابت إذا قلب ينبت مرة أخرى فالجواب كما قلنا، وإن كان لا ينبت مرة أخرى فما نبت فهو للغاصب ويضمن الغاصب للمالك قيمة زرعه نابتاً. وفي الظهيرية سئل نصير رحمه الله عمن زرع أرض نفسه براً فجاء رجل وزرعها شعيراً قال: على صاحب الشعير قيمة بذره مبذوراً؛ روى ذلك محمد بن سماعة عن محمد بن الحسين رحمه الله تعالى.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا إذا رضي صاحب البذر، وأما إذا لم يرض فهو بالخيار إن شاء ترك حتى ينبت فإذا نبت يأخذه بالقلع وإن شاء أبرأه عن الضمان، فإذا استحصد الزرع وحصداه فهو بينهما على مقدار نصيبهما. وسئل أبو جعفر عمن دفع كرماً معاملة فأثمر الكرم أو كان الدافع وأهل داره يدخلون الكرم ويأكلون منه ويحملون والعامل لا يدخل إلا قليلاً هل على الدافع ضمان؟ قال: إن أكلوا وحملوا بغير إذن الدافع فلا ضمان عليه والضمان على الذين أكلوا وحملوا، وإن كانوا أكلوا بإذنه فإن كانوا ممن تجب نفقتهم عليه فهو ضامن نصيب العامل فصار كأنه هو الذي أكله، وإن كانوا أخذوا بإذنه وهو ممن لا تلزمه نفقتهم فلا ضمان عليه فصار كأنه دل على استهلاك مال الغير. وسئل الشيخ عطاء بن حمزة رحمه الله تعالى عمن زرع أرض إنسان ببذر نفسه بغير إذن صاحب الأرض هل لصاحب الأرض أن يطالب بحصة الأرض؟ قال: نعم إن جرى الغرف في ذلك أنهم يزرعون الأرض بثلث الخارج أو ربعه أو نصفه أو شيء مقدر شائع يجب ذلك القدر الذي جرى به العرف. قيل له: هل فيه رواية؟ قال: نعم رجل غصب أرضاً وبنى فيها حائطاً فجاء صاحب الأرض وأخذ الأرض وأراد الغاصب أن يأخذ الحائط؛ فإن كان الغاصب يبني الحائط من تراب هذه الأرض ليس له النقض ويكون الحائط لصاحب الأرض، فإن بنى الحائط لا من تراب هذه الأرض فله النقض، ولم يتعرض المؤلف لما إذا نقص في يده بغير صنعه قال القدوري رحمه الله تعالى في كتابه: غصب من آخر عبداً أو جارية فأبق في يد الغاصب ولم يكن أبق قبل ذلك أو زنت أو سرقت ولم تكن فعلت ذلك قبل فعلي الغاصب ما انتصت بسبب السرقة والإباق وعيب الزنا، وكذلك ما حدث في يد الغاصب مما تنقص به القيمة من عور أو شلل

في المغصوب والوديعة وربح وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بطحن وطبخ

أو ما أشبه ذلك يكون مضموناً فيقوم العبد صحيحاً ويقوم وبه العيب فيأخذه ويرجع بفضل ما بينهما. وإن أصابه حمى في يد الغاصب أو أصابه بياض في عينه ثم رد على المولى ورد معه الأرش ثم ذهبت الحمى وزال البياض فللغاصب أن يرجع على المولى بالأرش. وفي شرح الطحاوي: وإذا ولدت الجارية المغصوبة ولداً فالولد عندنا غير مضمون، وعند الشافعي مضمون. ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته بالإجماع ويتخير بنقصان الولادة عندنا، وعند زفر لا يتخير. وإذا حبلت عند الغاصب من الزنا فأراد ردها على المولى كذلك فإنه يردها مع النقصان فينظر إلى أرش عيب الزنا وإلى ما نقصها الحبل فيضمن الأكثر من ذلك، ويدخل الأقل في الأكثر وهذا استحسان أخذ به أبو يوسف، والقياس أن يضمن الأمرين جميعاً وهو قول محمد، فإن ولدت في يد المالك وسلمت من الولادة فالمروي عن أبي يوسف أنه ينظر إلى أرش الحبل وإلى أرش عيب الزنا، فإن كان عيب الزنا أكثر لا يرد شيئاً، وإن كان عيب الحبل أكثر رد الفضل من أرش عيب الزنا. وفي الينابيع: فإن حبلت من الزنا فولدت زال عيب الحبل بالولادة وبقي عيب الزنا، فإن كان عيب الزنا أكثر من عيب الحبل وقد غرم الغاصب عيب الحبل يجب عليه أن يتم أرش عيب الزنا، وإن كان عيب الحبل أكثر فمقدار عيب الزنا يستحق وما زاد عليه زال. وإن ماتت من الولادة وبقي ولدها ففي قول أبي حنيفة يضمن الغاصب جميع قيمتها، وعلى قولهما يضمن نقصان الحبل خاصة؛ هكذا ذكره القدوري. وفي الخانية: الجارية تقوم غير حامل ولا زانية وتقوم وهي حامل زانية فيرجع بفضل ما بينهما. وفي الخانية: ولو ماتت في نفاسها ومات الولد أيضاً كان على الغاصب قيمتها في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: ليس عليه إلا نقصان الحبل. وفي الينابيع: وكذا قطعت يدها في سرقة عند الغاصب أو ضربت فيما زنت عنده فعند أبي حنيفة يضمن ما نقصها الزنا والضرب فيدخل الأقل في الأكثر وفي السرقة يضمن نصف قيمتها، وعندهما يضمن السرقة والزنا ولا يضمن ما نقصها القطع والضرب. ولو ماتت في الولادة وبقي بولدها ضمن جميع قيمتها عند أبي حنيفة يوم الغصب ولا جبر للنقصان بالولد عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا يضمن إلا ما نقصها الحبل وهو قول محمد. ولو مات الولد ردها ورد معها ما نقصتها الولادة ولا شيء عليه بموت الولد ولكن نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئاً.

قال رحمه الله: **(وإن استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف في المغصوب والوديعة وربح)** أي استغل المغصوب بأن كان عبداً مثلاً فأجره فنقصه الاستعمال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة بأن باعه وربح فيه لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد والعاقد وهو الغاصب فتكون الأجرة له بخلاف ما إذا

....

غصب جارية وغصبها ووطئها الزوج فالعقر للمالك دون الغاصب لأن العقر يجب باستيفاء منفعة البضع عند قيام الشبهة لا بالعقد. أما الأول وهو الاستعمال فالمذكور هنا قولهما وهو التصدق، وعند أبي يوسف لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه في الجانبين في المسألة التي قبلها. وكان ينبغي أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما في المسألة الأولى، ثم إنما يضمن الغاصب النقصان إذا كان النقصان في العين وكان غير زيوف لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه فيجب عليه قيمة ما تعذر رده ما أجزائه كلاً أو بعضاً بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض إلا بالخيار ولا يوجب حط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل، وإن كان لتراجع السعر لا يضمن بعد أن رده في مكان الغصب لأن ذلك لقلة الرغبات فيه لا لنقصان في العين بفوات جزء. وإن كان ربوياً لا يمكنه أن يضمنه النقصان مع استرداد العين لأنه يؤدي إلى الربا إذا لجودة لا قيمة لها في الأموال الربوية ولكنه يخير بين أن يأخذه ولا شيء له، وبين أن يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من الربويات أو قيمته. ولك أن تقول: عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان الربويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة فعفنت في يده لأنه لا اعتبار للوصف عندنا، وأما إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيلياً أو وزنياً فتلف بعض أجزائه فنقص فرده كيلاً أو وزناً فيكون لصاحب المال تضمين النقصان مع استراد الباقي ولا يؤدي إلى الربا كما لا يخفى. وفي العناية: فسر الربويات بما إذا غصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فإنهشم في يده أقول: في كون إناء الفضة من الربويات عندنا فيه نظر ظاهر فإنهم صرحوا في شرح الهداية ومنهم صاحب العناية بأن الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والـ ـذ ث ليس هو بمثلي بل هو من ذوات القيم، ولا شك أن إناء الفضة منه فكيف مثل به؟ ولاستغلال العبد المستعار بالايجار كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافاً لأبي يوسف، والوجه قد بيناه. ولو هلك في يده بعدما استعمله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك، فإذا أخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو أسلم الغلة إليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره بخلاف ما إذا باعه الغاصب بعدما استغله وهلك في يد المشتري وضمنه المالك قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس بمالك فلا يزول الخبث بالأداء إليه فلا يؤديه إليه إلا إذا كان لا يجد غيره فيرجح هو على غيره من الفقراء باعتبار أنه ملكه وهو محتاج إليه كما أن للملتقط أن يصرف الغلة على نفسه إذا كان محتاجاً، ثم إذا أصاب مالاً يتصدق بمثله إن كان غنياً وتعذر الاستغلال، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا من ترجيحه على غيره من الفقهاء. وأما

....

الثاني وهو ما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فهو على وجوه: إما أن يكون مما يتعين بالتعيين كالعرض أو لا يتعين كالنقدين، فإن كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل إلا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فإنه لا يطيب له ويتصدق به لأن العقد يتعلق فيما لا يتعين بالعتيين حتى تنفسخ بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه. وإن كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي: إنه على أربعة أوجه: إما إن أشار ونقد منه أو أشار إليه ونقد من غيره أو أشار إلى غيره ونقد منه أو أطلق إطلاقاً ونقد منه، وفي كل ذلك يطيب له إلا في الوجه الأول وهو ما إذا أشار إليه ونقد منه لأن الإشارة إليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها إلا إذا تأكدت بالنقد منهما. وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى: لا يطيب له بكل حال وهو المختار، وإطلاق الجواب في الجامعين يدل على ذلك. ووجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالإشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد في حق الوصف والقدر فيثبت فيه شبهة لحرمة لمالكه بسبب خبيث، واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام. وهذا كله على قولهما، وعند أبي يوسف لا يتصدق بشيء منه والوجه ما بينا. وهذا الاختلاف منهم فيما إذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بأن غصب دراهم مثلاً وصار في يده من ثمن المغصوب دراهم كان في يده من بدله بخلاف جنس ما ضمن بأن غصب دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالإجماع لأن الربح إنما يتعين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح ولو اشترى بثمن المبيع بيعاً فاسداً شيئاً وأشار إليه ونقد منه يطيب الربح لأن الثمن صار ملكاً بالقبض بتراضيهما، ولأنه متى نقض البيع واسترد الثمن يرد مثل الثمن لا عينه ولكن هذا لا يوجب بينهم الخبث في التصرف للحال، ولو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاماً حل التناول، ولو اشترى بالدراهم المغصوبة دنانير لم يجز له أن يتصرف في الدنانير لأن الدراهم لو استحقت بعد ما افترقا انتقض البيع في الدنانير فوجب عليها ردها، فأما البيع في الطعام لا ينقض باستحقاق الدراهم لأنه يجب عليه رد مثلها لا عينها. ولو اشترى بالثوب المغصوب جارية يحرم عليه أن يطأها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه لأن بالاستحقاق تبين أن البيع فاسد لأن البيع يتعلق بعين الثوب. ولو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية حل له وطؤها لأن البيع لا يتعين بتلك الدراهم، ولو تزوج بالثوب المغصوب جارية امرأة حل له وطؤها لأن النكاح لا ينتقض باستحقاق المهر، ولو أخذ المالك القيمة بقول الغاصب في الجارية المغصوبة لم يحل له وطؤها واستخدامها ولا بيعها إلا إذا أعطاه قيمتها بتمامها لأنها من غير رضا المالك، ولهذا لا يملك الفسخ إن ظهر مستحقة. ولو اعتق الغاصب العبد بعد القضاء عليه بالقيمة الناقصة جاز عنده وعليه تمام القيمة؛ كذا في المحيط مختصراً.

وشيّ وزرع واتخاذ سيف أو أناء لغير الحجرين وبناء على ساجة ولو ذبح شاة أو خرق

قال رحمه الله: **(وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بطحن وطبخ وشيّ وزرع واتخاذ سيف أو أناء لغير الحجرين)** لأنه لو لم يملكه بذلك لحقه ضرر وكان ظلماً والظالم لا يظلم بل ينصف. ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل حتى زال اسمها وعظم منافعها واختلطت بملك الغاصب حتى لا يمكن تميزها أصلاً زال ملك المغصوب منه وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها. قال في العناية وغيرها: وقوله «بطحن إلى آخره» يعني بفعل الغاصب احترازاً عما إذا تغير بغير فعله مثل إن صار العنب زبيباً بنفسه أو خلاً أو الرطب تمراً فإن الغاصب لا يملكه والمالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه مثله. وقوله «زال اسمها» يحترز عما إذا لم يزل اسمها كما لو ذبح الشاة فإنه يقال شاة حية وشاة مذبوحة. وقوله «عظم منافعها» تأكيد يتناول الحنطة إذا طحنها فإنه يزول بالطحن عظم منافعها كجعلها هريسة وكشكاً ونشاء وغير ذلك. قال صاحب العناية: وقوله «وعظم منافعها» تأكيد لقوله «زال اسمها» والظاهر أنه تأسيس لا تأكيد لأنه احتراز عما إذا غصب شاة وذبحها فإنه لا يزول بالذبح ملك مالكها كما سيأتي مصرحاً به، وما ذكره من الطحن وما بعده يحصل به ما ذكرنا في الضابط فيملكها الغاصب إلا الذهب والفضة فإنه لا يملكه باتخاذهما أواني أو دراهم أو دنانير عند الإمام لأنها بهذا الفعل لا يزول التمييز. وقال الإمام الشافعي: لا ينقطع حق المالك بما ذكر وهي رواية عن أبي يوسف غير أنه إذا أختار أخذ العين لا يضمن النقصان في الربويات لأن الملك نعمة فلا يحصل بالحرام وهو الغصب وصار كما وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء أو الهواء من غير صنع أحد. ولنا أنه لما استهلك العين من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث فيه الصنعة وهي حق الغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت لذلك والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سبباً لحكم شرعي ألا ترى أن الصلاة في الأرض المغصوبة لا تجوز وتكون سبباً لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك غير أنه لا يجوز له الانتفاع بها قبل الأداء لا ينفتح باب الغصب، ولقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة بغير إذن مالكها «أطعموها الأسارى» ولو لم يملكه لما قال ذلك. والقياس أنه يجوز الانتفاع به وهو قول الحسن زفر ورواية عن أبي حنيفة، ولهذا ينفذ تصرفه فيها كالتمليك للغير. ووجه الاستحسان ما ذكرناه ونفاذ تصرفه لوجود الملك ألا ترى أن المشتري شراء فاسداً ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به. فإذا دفع المثل أو القيمة إليه وأخذه بحكم الحاكم أو تراضيا على مقدار حل الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه لأن الحاكم لا يحكم إلا بطلبه فحصلت المبادلة بالتراضي. وقال أبو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز الانتفاع بها قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه. وقيد بقوله «واتخاذ سيف» ليفيد أنه بعده صار يباع

....

عدداً لا وزناً وهو إنما يملكه بما ذكر من الاتخاذ إذا كان يباع عدداً. وفي المحيط: ولو غصب حديداً وصفراً فجعله إناء فإن كان يباع وزناً لا ينقطع حق المالك كما في الفضة، وإن كان يباع عدداً انقطع حق المالك لأنه لما أخرجه عن كونه موزوناً يكون مستهلكاً له من وجه. قال في شرح الطحاوي: وقال شمس الأئمة الكرخي: الصحيح أنه لا فرق بين الصفقة أن يباع عدداً أو وزناً. ولو غصب فلوساً وضاع منها إناء ضمن الفلوس لأنه أخرجها عن كونها ثمناً فيصير مستهلكاً من وجه وقوله لغير الحجرين يعني أن الحجرين لو اتخذ مصاغاً أو حلياً أو إناء أو ضربه دراهم أو دنانير فللمالك أن يأخذه ولا يعطيه شيئاً عند الإمام، وعندهما هو للغاصب ويضمن مثله للمالك لأنه أحدث فيه صنعة متقومة فصار كما لو غصب حديداً أو صفراً فضربه. وللإمام أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما ألا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو باقٍ أيضاً. وكذا كونه موزوناً باقٍ أيضاً حتى يجري فيه الربا. وأطلق في الحجرين شمل ما إذا صار بعد الاتخاذ أصلاً أو تبعاً. قال في المحيط: ولو غصب فضة أو دراهم فجعلها عروة أو قلادة لا أواني انقطع حق المالك لأنه صار تبعاً للأواني والتبعية استهلاك من وجه اهـ.

وفي فتاوى سمرقند: غصب من آخر طعاماً فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكاً فلما ابتلعه كان حلالاً في قول الإمام. وقالا: لا يكون حلالاً إلا إذا أدى البدل. وأنكر الشيخ الإمام نجم الدين النسفي هذه الرواية عن الإمام وقال: الصحيح أن قول الإمام كقولهما. وفي الخانية: وقولهما احتياط اهـ. وفي المنتقى عن أبي يوسف: لو غصب أرضاً وبنى فيها حوانيت ومسجداً وحماماً فلا بأس بالصلاة في ذلك المسجد، وأما الحمام فلا يدخل ولا تستأجر الحوانيت. وقال هشام: أنا أكره الصلاة فيه حتى يطيب اربابه وأكره شراء المتاع من أرض غصب أو حوانيت غصب اهـ. وأشار المؤلف إلى أن التغيير بعدما وضع اليد في المثلي فلو كان قبله تجب القيمة. قال القدوري: صب ماء في طعام فأفسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه مثله، وكذا لو صب ماء في دهن أو زيت لا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء لأنه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب الماء فعليه مثله اهـ. وفي الذخيرة: وإن باع رجل شيئاً ثم إن البائع فعل بعض ما وصفنا فكل شيء كان الغاصب فيه مستهلكاً للعين ولم يكن للمغصوب منه أن يأخذه فكذا ليس للمشتري أن يأخذه وكل شيء لم يكن الغاصب فيه مستهلكاً وكان للمغصوب منه أن يأخذه فللمشتري أن يأخذه اهـ. وفي الفتاوى: لو غصب حنطة فاتخذها كشكاً فلصاحبها أخذها ورد ما زاد فيها من اللبن واستشكله بعض أهل العصر وهو الصحيح لأنه زال اسمها وعظم منافعها، وأجيب بأن المراد إذا سقى الحنطة اللبن من غير طحن أما إذا طحنها فقد ملكها ويرد مثلها. قال رحمه الله: **(وبناء على ساجة)** يعني إذا بنى على الساجة

....

زال ملك مالكها عنها، وأطلق في العبارة فشمل ما إذا كانت قيمة الساحة أكثر أو قيمة البناء. وقال في الذخيرة: هذا فيما إذا كان قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة. وأما إذا كان قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فلا يملكها وله أخذها، والظاهر من التقييد بالبناء على الساحة أنه لو بنى على الأرض التي لا يتصور غصبها لا يملكها. وفي المضمرات: ولو غصب أرضاً وبنى فيها وقيمة البناء أكثر من قيمة الأرض لا سبيل للمغصوب منه على الأرض ويضمن الغاصب قيمة أرضه، وهكذا روي عن أبي القاسم الدباسي، وفي الحاوي: غصب من آخر داراً أو أرضاً وبنى فيها بناء أو زرع فقلع صاحبها الزرع وهدم البناء لا يضمن بشرط أن لا يكسر خشب الغاصب ولا آجره. وفي الأصل: غصب أرضاً وبنى فيها فجاء صاحب الأرض وأخذ الأرض فأراد الغاصب أن يأخذ الحائط، فإن كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه الأرض ليس له النقض والحائط لصاحب الأرض، وإن بنى الحائط لا من تراب هذه الأرض فله النقض، وفي فتاوى سمرقند: رجل بنى حائطاً في كرم رجل من تراب كرمه بغير أمره فإن لم يكن للتراب قيمة فهي لصاحب الأرض، وإن كان للتراب قيمة فالحائط للباني وعليه قيمة البناء اهـ. ولم يذكر في الأصل ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء ويرد الساحة هل يحل له ذلك وهذا على وجهين: إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة لا يحل له ذلك وإن نقض لم يستطع رد البناء وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة اختلف المشايخ؛ قال بعضهم لا يملك النقض، وقال بعضهم لا يحل له لما فيه من تضييع المال من غير فائدة. وفي فتاوى النسفي سئل عمن غصب ساجة فأدخلها في بنائه أو تالة فغرسها في أرضه أو غصناً فوصله بشجرة فوهبها الغاصب من المغصوب يبرئ عن الضمان بهذه الهبة؟ قال: نعم. قيل: ولو قال المغصوب منه للغاصب وهبت لك الساجة أو التالة أو الغصن؟ قال: نعم. قيل: كيف وقد وهب المغصوب منه للغاصب ما لا يملكه الواهب لأن حقه قد انقطع ووجب لضمان على الغاصب؟ قال: بلى وهذا في المعنى إبراء له عن الضمان الواجب عليه بسبب هذه العين وفي الخانية: كسر غصناً لرجل ضمن النقصان ولو كان الكسر فاحشاً بأن صار حطباً أو وتداً. وفي الأصل: غصب من آخر داراً ونقشها بعشرة آلاف ثم جاء رب الدار قيل له إن شئت فخذ الدار وأعط الغاصب ما زاد فيها. وفي الذخيرة: مشتري الدار من الغاصب إذا هدمها وأدخلها في بنائه ثم حضر المالك فإن كان البناء قليلاً يتيسر رفعه برفعه وبرده على المالك، وإن كان كثيراً يتعذر رفعه، وإن شاء لا يرفعه بل يتركه ويضمن المشتري قيمة البناء الأول. وفي القدوري: ولو غصب من آخر دار وجصصها ثم ردها قيل لصاحبها أعط ما زاد التجصيص فيها إلا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب ما جصصه. قال هشام قلت لمحمد في رجل وثب على باب مقلوع ونقشه بالأصابع قال: سبيله سبيل الدار. قلت: وإن كان نقشه بالنقر وليس بالأصابع؟ قال: فهذا مال مستهلك بالباب

ثوباً فاحشاً ضمن القيمة وسلم المغصوب أو ضمن النقصان وفي الخرق اليسير ضمن

وعليه قيمته والباب له، وكذا لو نقش إناء فضة بالنقر، وذكر الكرخي أنه موضوع مسألة الساجة إذا بنى الغاصب حول الساجة. أما لو بنى على نفس الساجة لا يبطل ملك المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني لأنه إذا بنى حولها لم يكن متعدياً، وإذا بنى عليها كان متعدياً، والصحيح أن الجواب في الموضعين على حد واحد؛ كذا في البدائع.

قال رحمه الله: **(ولو ذبح شاة أو خرق ثوباً فاحشاً ضمن القيمة وسلم المغصوب أو ضمن النقصان)** وكذا لو ذبح وقطع اليد أو الرجل لأن هذه الأشياء إتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الأغراض من الحمل والدار والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس له أن يضمنه النقصان إذا أخذ اللحم لأن الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها وأمكن الانتفع بلحمها يتعين والأول هو الظاهر لأنه نقصان باعتبار فوات بعض الأغراض على ما بينا. ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لأنه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع الطرف لأنه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحاً قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة فإنها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع. قيد التخيير بذبح الشاة وما يوكل لحمه احترازاً عما لا يؤكل لحمه قال في الخانية: ولو ذبح حمار غيره فليس له أن يضمن النقصان في قول الإمام ولكن يضمنه جميع القيمة، وعلى قول محمد له أن يمسك الحمار ويضمنه النقصان، وإن شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك الحمار، وإن قتله قتلاً فهو على الخلاف السابق والاعتماد على قول الإمام. ولو قطع يد حمار أو بغل أو قطع رجله أو فقأ عينه قال الإمام: إن شاء سلم الجسد وضمنه جميع القيمة وليس له أن يمسك الجسد ويضمنه النقصان. وفي المنتقى هشام عن محمد: رجل قطع يد حماراً وبغل أو رجله وكان لما بقي منه قيمة فله أن يمسكه ويأخذ النقصان. وفي النوازل: إذا قطع أذن الدابة أو بعضه يضمن النقصان، ولو قطع أذنيها يضمن النقصان. وعن شيخه رضي الله عنه: إذا قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع قيمته، وإن كان لغيره يضمن النقصان اهـ. أقول: ويلحق بحمار القاضي حمار المفتي والعالم والأمير. وفي التجريد: والصحيح في الحد الفاصل بين الخرق الفاحش واليسير أن الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير مما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما تفوت الجودة. قال شمس الأئمة الحلواني: القطع أنواع ثلاثة: فاحش غير مستأصل وهو ما بينا، وقطع يسير وهو أن يقطع طرفاً من أطراف الثوب ولا يثبت فيه الخيار للمالك ولكن يضمنه النقصان، وقطع فاحش مستأصل للثوب وهو أن يقطع الثوب قطعاً لا يصلح لما يراد منه ولا يرغب في شرائه؛ فعن الإمام المالك بالخيار إن شاء ترك المقطوع وضمنه القيمة، وإن شاء أخذ المقطوع ولا شيء له.

نقصانه ولو غرس أو بنتى في أرض الغير قلعاً وردت فإن نقصت الأرض بالقلع ضمن

وعندهما له أن يأخذ القيمة ويضمنه النقصان اهـ. فظهر أن ما أطلقه المؤلف في الخرق الفاحش إنما يتأتى على قولهما لا على قول الإمام وفي المنتقى بشر عن أبي يوسف: غصب شاة فحلبها ضمن قيمة اللبن اهـ. قال رحمه الله: **(وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه)** يعني مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لأن العين قائمة من كل وجه وإنما دخله عيب فنقص بذلك وكان له أن يضمنه النقصان وقد بينا الفرق بين الفاحش واليسير. وقال الشارح: واختلفوا في الخرق اليسير والفاحش، قيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير، وقيل ما ينقص به نصف القيمة. والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه نقصان في المنفعة لأن الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن إتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنفعة، والنقصان عبارة عن تفويت المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير، ولا عبرة بقيام أكثر المنافع لأن الرجحان إنما يطلب إذا تعذر العمل بأحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يضر الترجيح ولا يشتغل به. قال شمس الأئمة السرخسي: الحكم الذي ذكرناه في الخرق في الثوب إذا كان فاحشاً هو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية فإن التعيب فيها سواء كان فاحشاً أو يسيراً فالمالك فيهما يخير بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته لأن تضمين النقصان متعذر لأنه يؤدي إلى الربا. هذا إذا قطع الثوب ولم يجدد فيه صنعة، وأما إذا جدد فيه صنعة فيأتي في المتن. وفي الأصل: غصب ثوباً فعفن عنده أو أصفر أخذه المالك وما نقص منه إذا كان النقصان يسيراً ولو فاحشاً خير بين الأخذ والترك اهـ.

قال رحمه الله تعالى: **(ولو غرس أو بنتى في أرض الغير قلعاً وردت)** أي قلع البناء والغرس وردت الأرض إلى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» أي ليس الذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صائم نهاره وقائم ليله قال الله تعالى ﴿فيها يفرق كل أمر حكيم﴾ [الدخان: ٤] ولأن الأرض باقية على ملكه إذا لم تكن مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولم يوجد فيها شيء يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها إلى مالكها كما إذا أشغل ظرف غيره بالطعام. هذا إذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء، وإن كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب أن يضمن له قيمة الساحة ويأخذها ذكره في النهاية. وعلى هذا لو بلعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمنه قيمة الأخرى. وعلى هذا التفصيل لو أدخل فصيل غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الحائط، وعلى هذا التفصيل لو أدخل البقر رأسه في قدر من النحاس فتعذر إخراجه وقد استوعبنا هذه المسألة بفروعها في مسألة نقصان الأرض فلا نعيده. وفي

له البناء والغرس مقلوعاً ويكونان له وإن صبغ أو لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن.

التتارخانية: لو غصب حنطة فزرعها تصدق بالفضل اهـ. قال رحمه الله: **(فإن نقصت الأرض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعاً ويكونان له)** أي إذا كانت الأرض تنقص بالقلع كان لصاحب الأرض أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعاً ويكونان له لأن فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما، وإنما يضمن قيمتها مقلوعاً لأنه مستحق للقلع وليس له أن يستديم فيها فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعاً. وكيفية معرفتها أنه يقوم الأرض وبها بناء أو شجر ويستحق قلعه أي أمر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما، كذا قالوا. وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعاً بل هو ضمان لقيمته قائماً مستحق القلع، وإنما يكون ضماناً لقيمته مقلوعاً أن لو قدر البناء أو الغرس مقلوعاً موضوعاً في الأرض بأن يقدر الغرس حطباً والبناء آجراً أو البناء حجارة مكومة على الأرض فيقوم وحده من غير أن يضم إلى الأرض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية. قال رحمه الله: **(وإن صبغ أو لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن)** يعني إذا غصب ثوباً وصبغه أو سويقاً فلته بسمن فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق، وإن شاء أخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن. وقال الإمام الشافعي: يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان ويسلمه لصاحبه، وإن انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه لضمان النقصان بخلاف السمن لتعذر التمييز. ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب ضمانه حقهما ما أمكن فكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لأنه صاحب الأصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالأصل، وكذا السويق أصل والسمن تبع بخلاف البناء لأن التمييز ممكن بالنقص وله وجود بعد النقص فأمكن إيصال حق كل واحد منهما إليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه، وبخلاف ما إذا انصبغ من غير فعل أحد كإلقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بتملك الصبغ بقيمته، وظاهر العبارة انحصار الحكم فيما ذكر. وقال أبو عصمة في مسألة الغصب: إن شاء رب الثوب باعه فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله، وهذا وجه حسن في وصول حق كل واحد منهما إلى صاحبه وتتأتى بغرامة يضمن فيها مثل هذا فيما إذا كان انصبغ بنفسه أيضاً. والجواب في اللت كالجواب في البصغ أنه يضمن مثل السويق وفي الصبغ قيمته لأن السويق والسمن من ذوات الأمثال بخلاف الصبغ والثوب. وقال في الكافي قال في المبسوط: يضمن قيمة سويقه لأنه يتفاوت القلي فلم يكن مثلياً كالخبز، وما روي عن الإمام أنه إذا صبغ الثوب اسود فهو نقصان، وعندهما زيادة كالخمرة والصفرة راجع إلى اختلاف عصر وزمان فإن بني أمية في زمانه كانوا

....

يمنعون عن لبس السواد، وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد ولا خلاف في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر للون الصبغ لأن من الثياب ما يزاد بالسواد ومنها ما ينقص والمعتبر هو الزيادة والنقصان حقيقة، فلو صبغه فنقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فرجعت بالصبغ إلى عشرين، فعند محمد ينظر إلى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة لأن صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة ووجب عليه للغاصب قيمة صبغة لا خمسة فالخمسة بالخمسة قصاصاً ويرجع عليه بما بقي النقصان وهو خمسة؛ رواه هشام عن محمد: قال الشارح: وهو مشكل من حيث إن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله وإنما وصل إليه بعضه وكان من حقه أن يطالب إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيئاً ولم يحصل له به إلا تلف ماله؟ وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالإتلاف والإتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة فكيف صار مسقطاً له هنا؟ ولك أن تقول: لا إشكال لأن الشارع ناظر إلى حق كل منهما فلو ألزمناه أن يدفع الشعرة ضاع مال الغاصب وهو الصبغ مجاناً وذلك ظلم والظالم لا يظلم فأوجبناها على رب الثوب فوصل إلى المغصوب منه كما ذكر كل حقه ما عليه وما بقي له، وكون الإتلاف مقرراً لا ينافي كونه مسقطاً لأن الإتلاف بالنظر إلى النقصان والإسقاط بالنظر إلى عين الصبغ فتأمل.

قال في المحيط: ولو غصب صاحب الثوب عصفراً وصبغ به ثوبه فعليه مثله لأنه مثلي، ولو غصب من رجل ثوباً ومن آخر عصفراً ضمن مثل عصفره وخير رب الثوب كما ذكرنا، ولو غصب ثوباً وعصفراً من رجل واحد وصبغه به كان لربهما أن يأخذه مصبوغاً ويبرئ الغاصب من الضمان، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره. ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذ الثوب مصبوغاً كما لو كان لواحد ليس لهما ذلك لأنه لما اختلف المالك كان خلط المالين استهلاكاً من كل وجه، وإذا اتحد المالك يكون الخلط استهلاكاً من وجه دون وجه. ولو صبغ الراهن الثوب بعصفر خرج عن الرهن وضمن قيمته، ولو كان الثوب والعصفر رهناً كان للمرتهن أن يضمن قيمة الثوب ومثل عصفره، وإن شاء رضي بأن يكون الثوب المصبوغ رهناً في يده؛ في المنتقى قال هشام: سألت محمداً عن رجل غصب من رجل ألف درهم وخلط بها دراهم من ماله قال: مذهب أبي يوسف في هذا الباب أن دراهم المخالط إذا كانت أكثر فهو مستهلك وضمن الدراهم المغصوب. وإن كانت دراهم الخالط أقل فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه دراهمه، وإن شاء شاركه بالمخلوط بقدر دراهمه. قلت: فإن كانا سواء فما مذهب أبي يوسف؟ قال: لا أدري، وأما في قولهما فالمغصوب منه بالخيار على كل حال إن شاء ضمن الغاصب دراهمه، وإن شاء كان شريكاً فيهما. وأفاد بقوله «وإن صبغ» أن ذلك حصل بصنعه فلو حصل بغير صنعه لا يكون

فصل

غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة

الحكم كذلك، ولهذا روى هشام عن محمد فقال: إذا كان مع رجل سويق ومع رجل آخر سمن أو زيت فاصطدما فانصب زيت هذا أو سمنه في سويق هذا، فإن صب السويق يضمن لصاحب السمن أو الزيت مثل سمنه أو زيته لأن صاحب السويق استهلك سمن هذا ولم يستهلك صاحب السمن سويق هذا أو سمنه في سويق هذا فإن صاحب السويق يضمن لصاحب السمن، ولأن هذا زيادة في السويق. وإن كان مع أحدهما سويق ومع الآخر نورة فاصطدما فانصب سويق هذا في نورة هذا، فإن شاء صاحب السويق أخذ سويقه ناقصاً وأعطى الآخر مثل النورة، وإن شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه وسلم سويقه إليه أو ضمن صاحب السويق لصاحب النور مثل كيل نورته. وفي الذخيرة: وإذا فعل ذلك غيرهما وذهب فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شيء والسويق لصاحب السويق. وفي الخانية: ولو اختلط نورة رجل بدقيق آخر بغير صنع أحد يباع المختلط ويضرب لكل واحد منهما بقيمة نصيبه مختلطاً لأن هذا نقصان حصل لا بفعل أحد فليس أحدهما بإيجاب النقصان عليه بأولى من الآخر. وفي جامع الجوامع: صب رديئاً على جيد ضمن مثل الجيد وإن كان قليلاً وكان شريكاً بقدر ما صب من الجنس فيه. وفي التجريد عن أبي يوسف فيمن صب طعاماً على طعام إن كان طعامه أكثر كان ضامناً، وإن كان طعامه أقل لم يكن ضامناً ولم يصر مستهلكاً. وفي الخانية: رجل جاء إلى خلانسان وصب فيها خمراً وهما نصفان قال: لصاحب الخمر أن يأخذ نصف الخل وعن أبي القاسم رحمه الله تعالى: رجل غصب خمراً وجعلها في حبه وصب فيها خلاً من عنده فصار الخمر خلاً قال: يكون الخمر للغاصب قياساً. وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: قيل الخل يكون بينهما على قدر حقهما لأنه صار كأنهما خلطا خلهما قال: وبه نأخذ؛ كذا في الأصل. وفي المنتقى عند محمد: رجل معه دراهم ينظر إليها فوقع بعضها في دراهم رجل فاختلط كان ضامناً لها والله تعالى أعلم.

فصل

لما فرغ من بيان كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب. قال رحمه الله: **(غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه)** وقال الإمام الشافعي رحمه الله: لا يملكه لأن الغصب محظور فلا يكون سبباً للملك كما في المدبر، وهذا لأن الملك مرغوب فيه فلا ينال بالمحرم لأنه منهي عنه لقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء: ٢٩] والغصب ليس فيه تراض. ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويداً فوجب أن يزول ملكه عن المبدل إن كان يقبله دفعاً

....

للضرر عن الغاصب وتحقيقاً للعدل حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، ولأن الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك إذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلاً عن العين ولهذا قلنا: لو كسر قلب غيره وقضى القاضي عليه بالقيمة وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء، ولو كان بدلاً عن العين لبطل كونه صرفاً ولا تقول لو كان بدلاً عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه لكان إجحافاً بالغاصب بإزالة ملكه وإثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع إمكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلف لأن هذا من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها. والجواب عن الآية أن الرضا قد وجد منه لما طلب القيمة، ولا يقال لو غصب مدبراً وغيبه لا يملكه لأنا نقول: المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى آخر. ولم يتعرض المؤلف لما إذا غاب المغصوب بغير صنع من الغاصب بأن كان عبداً فأبق عنده فإنه إذا ضمن قيمته ملكه كما ذكر، فلو قال «غاب» مكان «غيب» لكان أولى لأنه إذا ملكه فيما إذا غاب بغير صنعه علم الحكم فيما إذا كان بصنعه بطريق الأولى. ولم يتعرض لما إذا غاب المغصوب منه وترك العين روى ابن سماعة عن محمد: للقاضي أن يأخذ المال من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائباً ويحفظ عليه فإن ضاع ثم خاصم صاحب المال فله أن يضمن الغاصب ولا يبرئ بأخذ القاضي ا هـ. وفي الخانية: غاب المغصوب منه فطلب الغاصب من القاضي أن يأذن له بالإنفاق ليرجع بذلك على المالك لا يجيبه القاضي إلى ذلك والنفقة تكون على الغاصب، ولو قضى بالإنفاق على المغصوب منه لا يجب عليه منه شيء، وإن رأى القاضي أن يبيع العبد أو الدابة ويمسك الثمن فلو فعل ذلك صح ا هـ. غصب جارية قيمتها ألف فغصبها منه آخر فأبقت الجارية يضمن الغاصب الثاني للغاصب الأول لأن للأول أخذها لو كانت قائمة ليتمكن من ردها إلى المالك فيبرأ عن الضمان، فإن أخذ القيمة فلا سبيل للمالك على الغاصب الثاني لأنه خرج عن عهدة الضمان برد القيمة لأن رد القيمة حال عجزه عن رد العين كرد العين، فإن كانت القيمة قائمة عنده فللمالك أخذها لأنها نزلت منزلة العين، فإن كانت هالكة يلزمه الضمان لولي الجارية لأنه بمنزلة ما لو استرد الجارية وهلكت عنده لأنه لا يخرج عن عهدة الضمان ما لم يردها إلى المالك، وإن كانت قيمتها ألفاً عند الأول فقبضها الثاني وقيمتها ألفان فأبقت من يد الثاني وأخذ الأول من الثاني ألفي درهم وهلكت من يد الأول لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفي درهم وإنما يضمنه قيمتها يوم الغصب ألف درهم لأن الألف الثانية أمانة في يده لأنها حدثت بعد الغصب الأول والزيادة الحادثة في يد الغاصب أمانة كالزيادة في عين المغصوب، فإن ظهرت الجارية والقيمة في الأول فالمولى بالخيار إن شاء أخذ الجارية وإن شاء أخذ القيمة وإن شاء ضمن الأول قيمتها يوم غصبها منه. أراد بالتضمين أن يأخذ القيمة من الأول برضاه فيكون بمنزلة المبيع منه لأن الجارية لما عادت من الإباق فقد قدر الأول على رد المغصوب والغاصب ما دام قادراً على رد

للمالك وإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينة أو بنكول الغاصب فهو

المغصوب ليس للمالك أن يضمنه قيمته إلا برضاه، والغاصب الأول لما ضمن الثاني القيمة فقد ملك الجارية منه حكماً فصار كما لو غصب الجارية من الثاني بغير أمر المولى فيتوقف البيع على إجازته إن شاء رده وأخذ الجارية، وإن شاء أجازه وأخذ بدلها، فإذا أخذ المولى الجارية رجع الثاني على الأول بالقيمة لأنه بدل لم يسلم له؛ كذا في المحيط.

قال رحمه الله: **(والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك)** لأن الغاصب منكر والمالك مدع، ولو قال الغاصب البينة لا تقبل لأنها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل؛ ذكره في النهاية ثم قال: وقال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة يقبل وكان أبو علي النسفي يقول: هذه المسألة عدت مشكلة. ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وبإقامة البينة أسقطها فارتفعت الخصومة، وأما الغاصب فعليه اليمين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع؛ كذا في العناية. قال رحمه الله: **(وإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينة أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك)** لأنه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه ولم يتعرض كثير لقدر الزيادة. وفي المجتبى: لو ظهر وقد زادت قيمته دانقاً فللمالك ما ذكر من الأحكام. وقوله «وقيمته» أكثر قيد في هذه المسألة لا في التي بعدها كما سيأتي. قال رحمه الله: **(وإن ضمنه بيمين الغاصب)** فالمالك يمضي الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان. وإنما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه به أو أقل من هذه الصورة وهي ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه. قال الكرخي رحمه الله: لا خيار له لأنه توفر عليه مالية ملكه بكماله، وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الأصح لأن ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه، وله أن لا يبيع ماله إلا بثمن يختاره ويرضى به وكان له الخيار، ثم إذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه لأنها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لأنه غير مقابل به بل بما فات من البدل على ما بينا. قال في المحيط: ولو اختلفا في عين المغصوب أو في صفته أو في قيمته وقت الغصب فالقول للغاصب لأن المالك يدعي عليه زيادة مقدار أو زيادة ضمان وهو منكر فيكون القول للمنكر. ولو غصب من رجل ثوباً فضمن عنه رجل قيمته واختلفوا في القيمة فقال الكفيل عشرة وقال الغاصب عشرون وقال المالك ثلاثون فالقول للكفيل ولا يصدق واحد منهما عليه لأن المكفول له يدعي على الكفيل زيادة وهو ينكر والغاصب يدعي زيادة عشرة وإقرار المقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فيلزمه عشرة أخرى دون الكفيل، ولو قال الغاصب رددت المغصوب عليه وقال المالك

للغاصب ولا خيار للمالك وإن ضمنه بيمين الغاصب وإن باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وإن حرره ثم ضمنه لا وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي وما نقصت

لا بل هلك عندك فالقول للمالك لأنه أقر بسبب الوجوب ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بحجة كما لو قال أخذت مالك بإذنك أو أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال الإذن. ولو أقام الغاصب البينة أنه رد الدابة المغصوبة وأقام المالك البينة بأن الدابة تعيبت من ركوبه أو أتلفها الغاصب ضمن الغاصب لأنه لا تناقض ولا تنافي بين البينتين لجواز ردها إليه ثم ركبها بعد الرد وتعيبت من ركوبه ويكون هذا غصباً مستأنفاً فيعمل بالبينتين على هذا الوجه توفيقاً وتلفيقاً بينهما. ولو أقام الغاصب البينة أنه ردها ونفقت عنده وأقام المالك البينة أنها أنفقت عند الغاصب ولم يشهدوا أنها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه لأنا متى جعلنا أن الغاصب ردها ثم نفقت بعد الرد فلا يثبت منه غصباً مستأنفاً ولو أقام المالك البينة أنه مات المغصوب عند الغاصب وأقام الغاصب البينة أنه مات عند المالك فبينة الغاصب أولى لأن بينة المالك قامت على الموت لا على الغصب لأنه ثابت بإقرار الغاصب والضمان يجب بالغصب لا بالموت فلا يفيد إقامة البينة على الموت وبينة الغاصب مثبتة للرد لأنها مثبتة للموت في يد المالك ويتعلق به الرد وكانت أولى. ولو أشهد الغاصب بأنه مات في يد مولاه قبل الغصب لم تقبل هذه الشهادة لأن موته في يد مولاه قبل الغصب لم يتعلق به حكم لأنه لا يفيد الرد وإنما يفيد نفي الغصب وبينة المولى تثبت الغصب والضمان فكانت أولى. وفي النوادر: ولو أقام المالك البينة أنه كان يوم النحر بمكة فالضمان واجب على الغاصب لأنه كونه بمكة لا يتعلق به حكم فسقطت بينته وبينة المالك تثبت الغصب والضمان. رجل في يده جبة ادعى آخر أنه غصبها منه فأقر له بالظهارة بالبطانة فالقول قوله مع يمينه لأنه أقر بغصب أحدهما وأنكر غصب أحدهما ويضمن قيمة الظهارة لأنه أحدث في الظهارة صفة متقومة وهو التضريب على البطانة وقد استهلكها من وجه لأن الظهارة صارت تابعة لملك الغاصب وهو الحشو والبطانة لأنهما أكثر من الظهارة فيصير الأقل تابعاً للأكثر صيانة لحق الغاصب كما في الساحة يدخلها في بنائه.

قال رحمه الله: **(وإن باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وإن حرره ثم ضمنه لا)** أي لو باع الغاصب المغصوب وأعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه. وفرق بينهما أن ملك الغاصب ناقص لأنه يثبت مستنداً أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الأولاد، ويظهر في حق الإكساب لأن للولد أصلاً من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهو نفع محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقهما، ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بإجازة المالك

الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن

البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذا بضمان الغاصب القيمة في الأصح لأن العتق ترتب على سبب ملك قام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب، والدليل على أنه أقام أن الأشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الإجازة ولو لم يكن قام لاشترط عند الإجازة، ولهذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا وافترقا وأجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف، وكذا البيع يملك عند الإجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاماً بنفسه لما كان كذلك، ولا يشترط قيام الثمن وقت الإجازة أو لو لم يكن عالماً بقيام المبيع بأن كان قد أبق العبد من يد المشتري؛ ذكره في ظاهر الرواية. قيد بإعتاق الغاصب ثم يضمنه احترازاً عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإنه في رواية يصح وهو الأصح، وفي رواية لا يصح؛ كذا في العناية. قال رحمه الله: **(وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي)** أي بالمنع بعد طلب المالك. وقال الشافعي: هي مضمونة على الغاصب، ولا فرق بين أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة أو كانت بالعسر. ولنا أن الغصب إزالة يد المالك عنه وإثبات يد الغاصب ولا يتحقق ذلك في الزيادة لأنها لم تكن في يد المالك فلا تضمن إلا بالتعدي أو بالمنع عند طلبه لأنه يصير متعدياً به. وإنما ضمن ولد الظبية التي أخرجها من الحرم فولدت لوجود المنع من الرد لأن الرد واجب عليه إلى الحرم لحق الشرع حتى لو ردها وهلكت قبل تمكنه من الرد لا يضمن لعدم المنع؛ على هذا أكثر مشايخنا. ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقاً تمكن من الرد أو لم يتمكن فهو ضمان إتلاف لأن الصيد كان في الحرم أميناً ببعده عن أيدي الناس وقد فوت الأمن بإثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه لذلك، ولهذا لو أخرج جماعة محرمون صيداً واحداً من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل ولو كان ضمان الغصب لوجب عليهم قيمة واحدة. وفي العناية: واعترض على الدليل بأنه يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية كاملاً لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بينه وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يده فولدت والرواية في الأسرار. وأجيب بأن الحبل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لإزالة ظاهراً. وفي الكافي: ولو باع الغاصب الأصل والزوائد وسلم والزيادة متصلة، فإن كان قائماً أخذه صاحبه وإن كان هالكاً فهو بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب، وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض وليس له أن يضمن البائع. وفي العناية: لو كفل إنسان عن الغاصب بغير أمره وأدى الضمان فالعبد له. وفي الينابيع: ولو أبق العبد من الغاصب فالجعل على المولى عند أبي يوسف ولا يرجع به الغاصب. وقال محمد: يرجع على الغاصب ا هـ.

قال رحمه الله: **(وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها)** يعني إذا ولدت

....

الجارية المغصوبة فنقصت بالولادة فهو مضمون على الغاصب ويجبر بولدها إذا كان في قيمته وفاء بالنقصان وإن لم يكن يسقط بقدره. وقال زفر: والشافعي: لا يجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فكيف يجبر ملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد أو هلكت الأم بالولادة أو غيرها من الأسباب. ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لأنها أوجبت فوات جزء من مالية الأم وجددت مالية الولد لأن الولد إنما صار مالاً بالانفصال وقبله لا يعتد به ألا ترى أنه لا يجوز التصرف فيه بيعاً وهبة ونحوه، لا فإذا صار مالاً به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما إذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لأنهم اختلفوا بالشهادة قد ما أتلفوا بها فلا يعد إتلافاً لاتحاد السبب كذا هذا، وكما إذا قطعت يده عند الغاصب فرده مع أرش اليد فإنه يجبر نقصانه بالأرش لما ذكرنا من اتحاد السبب لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان، ولأن الواجب على الغاصب أن يرد ما غصب أو ماليته كما لو غصب من غير نقصان، فإن فعل ذلك برئ من الضمان ألا ترى أنه لو غصب جارية سمينة فرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت ثم عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه، ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن. وكذا إذا سقط سن منها أو قلعه الغاصب فنبتت مكانه أخرى فردها سقط ضمانها. وقولها كيف يجبر ملكه بملكه؟ قلنا: ليس هذا جبراً في الحقيقة وإنما هو اعتبار الملك منفصلاً بعضه عن بعض بعد أن كان متحداً كما إذا غصب نقرة فضة فقطعها فإنه يردها ولا شيء عليه غيرها إذا لم ينقص بالقطع وولد الظبية ممنوع فإن نقصانها يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا. وكذا إذا ماتت الأم ممنوعة في رواية عند أبي حنيفة فإنه روي عنه أن الأم إذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه. وفي رواية عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم، وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب. وتخريجه أن الولادة ليست سبباً لموت الأم إذ لا يفضي إليه غالباً فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي ترادف الأم وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة، وكلامنا فيما إذا اتحد، وأما إذا مات الولد قبل الرد فلأنه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة لأنه غرض لبعض الفسقة، ولذا لو غصب الخصي وهلك عنده لا تجب عليه قيمته خصياً وإنما يجب عليه قيمته غير خصي. وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاده بالخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ المصبوغ كذا ذكروه، وهذا يفيد أنه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع رده إن زادت قيمته به وهو مشكل فإن الغاصب إذا خصه وازدادت به لا يجب عيه ضمان ما فات بالخصاء مع رد المخصي بل يجبر المالك إن شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك المخصي للغاصب، وإن شاء

قيمتها ولا يضمن الحرة ومنافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره بالإتلاف ويضمن لو كانا

أخذه ولا شيء له غيره؛ ذكره في النهاية معزياً إلى التتمة وقاضيخان. وكان الأقرب هنا أن يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجزء، وسبب الزيادة النمو، وسبب النقصان التعليم، وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه. أطلق في قوله «وما نقصت الجارية بالولادة» فشمل ما إذا حبلت في يد الغاصب من وجه حلال أو حرام، وموضوع المسألة في الثاني فكان عليه أن يقيد به. أما الثاني فقال في المحيط: ولو جعلت في يد الغاصب من زوج كان لها عند المالك أو أحبلها المولى لا يضمن الغاصب لأن النقصان بسبب من جهة المولى وهو إحباله أو تسليط الزوج عليها فصار كما لو قتلها في يد الغاصب. ولو غصب جارية حاملاً أو محمومة أو مجروحة فماتت في يده من ذلك يضمن قيمتها وبها ذلك العيب، ولو حملت في يد الغاصب أو ابيضت عيناها فردها فضمان النقصان على الغاصب، فإن زال في يد المالك ما كان بها من حمى أو بياض العين برد المالك على الغاصب النقصان فصار كما لو حلق شعر إنسان وأخذ بدله ثم نبت. ولو غصب جارية فولدت عند الغاصب ثم غصبها وولدها من الغاصب رجل آخر فضمن المالك الغاصب الأول قيمة الأم فللغاصب أن يضمن الثاني قيمة الأم والولد ويتصدق بقيمة الولد، ولو ولدت في يد الغاصب فجحدها وولدها يضمن قيمتها يوم غصبها وولدها يوم الجحود وفي المنتقى: ولو حمت في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت من ذلك ضمنه المولى قيمة النقصان.

قال رحمه الله: **(ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا يضمن الحرة)** وهذا قول الإمام أبي حنيفة. وقالا: لا يضمن الأمة ويضمن نقصان الحبل لأن الرد قد صح مع الحبل والحبل عيب فيجب عليه نقصان العيب، وهلاكها بعد ذلك بسبب حادث عند المالك فلا يبطل به الرد كما إذا حمت في يد الغاصب فردها وماتت في تلك الحمى أو زنت عند الغاصب فردها وجلدت بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فإنه لا يضمن إلا نقصان البيع. وكذا إذا سلم البائع الجارية للمشتري حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن اتفاقاً. وللإمام أن يردها كما أخذها لأنه أخذها وليس فيها عيب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما جنت جناية في يد الغاصب فعلت بها بعد الرد ودفعت بها بعد الرد فإنه يرجع بقيمتها على الغاصب بخلاف الحرة فإنها لا تضمن بالغصب، وفي فصل الشراء الواجب التسليم وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم، وفي الغصب السلامة شرط لصحة الرد فما لم يرد مثل ما أخذ لا يعتد به فافترقا على أنه ممنوع. وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوي وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلاً بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون

....

الزيادة. أقول: يرد عليهم في الظاهر أنهم جعلوا الولادة ها هنا سبباً للهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست سبباً للموت فكان بين الكلامين تدافع. وفي المحيط: ولو سرقت عند الغاصب أو سرقت العبد فرد فقطع عند المالك فعند الإمام يضمن الغاصب نصف القيمة، وعندهما يضمن نقصان السرقة. قال رحمه الله: **(ومنافع الغصب)** هذا معطوف على الحرة في قوله «ولا يضمن الغاصب منافع الغصب». وقال الشافعي: يضمن منافع الغصب لأنها مال متقوم مضمون بالعقد كالأعيان. ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب فحدوثها في يده إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعاً للحاجة والإنسان لا يضمن ملك نفسه. قال ابن قاضي زاده: وهنا سؤال لم أر كثيراً من الشارحين تعرض له وهو أن يقال لقائل أن يقول: مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع في يده كما في الاستئجار الدور والأراضي والدواب ونحوها لأن الإنسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الأجرة بمقابلة ملكه مع أنه تجب عليه الأجرة بالإجماع. وأجاب عنه في غاية البيان أن الأجرة عندنا لا تجب بمقابلة المنافع بل بالتمكن منها من جهة المالك وهذا السؤال ساقط من أصله لأن الغاصب يزعم حدوث المنافع على ملك نفسه، والمستأجر يعتقد حدوثها على ملك المؤجر فافترقا. وقوله «بالإتلاف» متعلق أيضاً بالمنافع يعني وكذا منافع الغصب لا تضمن بالإتلاف لأنه لا يخلو إما أن يرد عليها الإتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال؛ أما قبل وجودها فلأن إتلاف المعدوم لا يمكن، وأما حال وجودها فلأن الإتلاف إذا طرأ على الموجود رفعه فإذا قاربه منعه، وأما بعد وجودها فلأنها تنعدم كما وجدت فلا يتصور إتلاف المعدوم، ولأنا لو ضمناه المنافع لا يخلو إما أن يكون مضمونة بمثلها من المنافع لأنه لا قائل بذلك ولا بالدراهم لعدم المثالة والمماثلة شرط في ضمان العدوان للآية. قال صاحب العناية: واعترض بما إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم وهي لا تماثله فدل على أن المماثلة ليست بمعتبرة لا يقال منافع الغصب مضمونة عندكم في الوقف ومال اليتيم وما كان معداً للاستغلال وهذا التعليل جارٍ فيه. قلنا: العلل على وفق القياس والقول بضمان المنافع فيما ذكر وجه الاستحسان. قال رحمه الله: **(وخمر المسلم وخنزيره بالإتلاف)** أي لا يضمنهما لأنهما ليسا بمتقومين في حق المسلم وإنما يصير متقوماً باعتبار دين المغصوب منه بأنه متقوم أو بتعين بنفسه إلى التقوم. وفي شرح الطحاوي: لا يضمن سواء أتلفه مسلم أو ذمي.

قال رحمه الله: **(ويضمن لو كانا لذمي)** يعني يضمن إذا أتلف خمراً لذمي أو خنزيره. وقال الإمام الشافعي: لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام «فإذا قبلوا عبد الجزية فأعلمهم أن لهم للمسلمين وعليهم ما عليهم» ولأن حقهم لا يزيد على حق المسلم. ولنا أن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ولقول عمر لما سأل عما له ماذا يصنع بما يمر به أهل الذمة من الخمور

....

فقالوا: نعشرها. قال: لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها. فلولا أنها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك من غير إنكار فكان إجماعاً. وأورد على هذا الدليل في العناية فقال: لم لا تتركهم وما يدينون في بعض الأمور كإحداث بيعة وكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فإنهم يمنعون منها، ولأن الأمر باجتناب الرجس يتناول المسلم فبقي في حق الكافر على ما كان بخلاف الميتة والدم لأن أحداً لا يعتقد تقومهما وبخلاف الربا فإنه مستثنى من عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام «إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فإنا نقلته لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستحقاق بالدين وبخلاف متروك التسمية عمداً فإذا كان الذابح من المسلمين لأن ولاية السيف والمحاجة ثابتة فيمكن إلزامه فلا يجب على متلفه الضمان، وأما إذا أتلف المسلم خمر الذمي تجب عليه قيمته وإن كان مثلياً لأن المسلم ممنوع من تملكه وتمليكه بخلاف الذمي إذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثله لقدرته عليه، ولو أسلم الطالب بعد ما قضى عليه بمثلها فلا شيء له على المطلوب لأن الخمر في حقه ليس بمتقوم فكان بإسلامه مبرأ عما كان في ذمته من الخمر، وكذا لو أسلما لأن في إسلامهما إسلام الطالب. ولو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف: لا يجب عليه شيء. وقال محمد: يجب عليه قيمة الخمر وهي رواية عن الإمام لأن الإسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالإسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم، ولأبي يوسف أن قبض الخمر المستحق في الذمة فقد تعذر استيفاؤه بسبب الإسلام ولا يمكن إيجاب قيمتها أيضاً لأنه ممنوع منها وصار كما لو كسر قلباً لغيره ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه أن يضمن الكاسر شيئاً لأن شرط تضمين قيمته تمليك المكسور وذلك قد فات. ودليله مذكور في المطولات. وفي التتارخانية: ولو أتلف موقوذة المجوسي مسلم الصحيح أنه يضمنها. ولم يتعرض الشارح لما يلزمه في إتلاف خنزير الذمي، والظاهر أنه يضمن قيمته كما لو كان شاة كما في موقوذة المجوسي أخذاً من قولهم الخنزير في حقهم كالشاة في حقنا، والتفصيل المتقدم في الإسلام في خمر الذمي يجري كذلك في خنزيره وقد قال الفقير: هذا من غير أن يجد نقلاً ثم ظفرت بالنقل. وفي التتارخانية: وإن كان الخمر والخنزير لذمي يجب على متلفهما، سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً، غير أن المتلف إن كان ذمياً فإنه يجب عليه مثل الخمر، وإن كان المتلف مسلماً يجب عليه قيمة الخمر، وفي الخنزير يجب عليهما القيمة لأن الخنزير لا مثل له من جنسه. وفي التتاخانية: أو كسر بيضة أو جوزة فوجد داخلها فاسداً فلا ضمان عليه، كذا لو كسر دراهم إنسان ثم ظهر أنها ستوقة فلا ضمان عليه، وإذا أفسد تأليف حصر إنسان فإن أمكن اعادته كما كان أمرناه بها فصار كما لو غصب سلم إنسان وفرق سياهها، وإن لم يمكن الإعادة كما كان سلم المنقوض سياهاً وضمن قيمة الحصر صحيحاً. وفي أن العيون غصب من آخر عبداً قيمته خمسمائة

لذمي وإن غصب خمراً من مسلم فخلله أو جلد ميته ودبغ فللمالك أخذهما ورد ما زاد

فخصاه فصار يساوي ألفاً نص محمد أن صاحب الغلام بالخيار إن شاء ضمنه قيمته يوم خصائه وإن شاء أخذ الغلام ولا شيء له. وقال بعض مشايخنا: يقوم الغلام بكم يشتري للعمل قبل الخصاء ويقوم بعد الخصاء فيرجع بفضل ما بينهما. قال الصدر الشهيد هشام الدين: وهذا خلاف ما حفظناه من مشايخنا والمحفوظ المتقدم.

قال رحمه الله: **(وإن غصب خمراً من مسلم فخلله أو جلد ميته ودبغ فللمالك أخذهما ورد ما زاد الدباغ فيه)** يعني يأخذ الخل بغير شيء والجلد المدبوغ يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه. والمراد بالأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس، وبالثاني إذا دبغه بماله قيمة كالعفص والقرظ ونحو ذلك. والفرق أن التخليل مطهر لها بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب منه لأن المالية لا تثبت بفعله، وبالدفاغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه. وطريق معرفته أن ينظر إلى قيمة الجلد غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن ما فضل بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل. وأطلق في التخليل فشمل ما إذا خللها بماله قيمة أو لا لكن قال في القدوري: أما لو ألقى فيها ملحاً أو خلل بماله قيمة فعند الإمام يصير الخل ملكاً للغاصب ولا شيء عليه، وعلى قولهما إن ألقى فيه الملح فللمالك أخذه ودفع ما زاد فيه. قالوا: أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروا وكأنهم اعتبروا الملح مائعاً. وإن ألقى فيه الخل فهو بينهما، وإن استهلكه ضمن الخل. وإن غصب عصيراً فصار عنده خلاً فله أن يضمنه مثله إن كان في حينه، وقيمته إن كان في غير حينه، ولو أراد رب العصير أن يأخذ القيمة الصحيح أنه ليس له ذلك. وعن الثاني: لو غصب عصيراً فصار عنده خمراً أو لبناً حليباً فصار عنده مخيضاً أو عنباً فصار زبيباً فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ ذلك ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه مثله وسلم إليه. وأطلق في الدباغ فشمل ما إذا دبغه بماله قيمة أو لا لكن قال في الأصل: وإن غصب جلد ميتة ودبغه، فإن دبغه بما لا قيمة له فإنه يأخذه مجاناً. وفي الكافي: فإن دبغه بماله قيمة له أخذه وأعطاء ما زاد الدباغ، وأطلق في الجلد فشمل ما إذا أخذه من منزل صاحبه أو أخذه من الطريق بعد ما ألقاه صاحبه فيه لكن قال القدوري: هذا إذا أخذه من منزلة، أما إذا ألقى صاحبه الميتة في الطريق وأخذها رجل ودبغها فليس له أن يأخذ الجلد. وفي الذخيرة عن الثاني: له أن يأخذ الجلد وإن ألقاه صاحبه في الطريق، ولو كان المدبوغ جلداً مذكى كان له ذلك. قال مشايخنا: لا يفرق بين جلد الميتة وجلد المذكى ذهب إليه الحاكم الشهيد فالجواب في الميتة والمذكاة واحد.

قال رحمه الله: **(وإن أتلفهما ضمن الخل فقط)** يعني لو أتلف الغاصب الخل والجلد

الدباغ فيه وإن أتلفهما ضمن الخل فقط ومن كسر معزفاً أو أراق سكراً أو منصفاً

المدبوغ في يده قبل أن يردهما إلى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ، وهذا قول الإمام. وقالا: يضمن قيمة الجلد مدبوغاً أيضاً ويعطي ما زاد الدباغ فيه لأن ملكه باقٍ فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغاً بالاستهلاك. وللإمام أن ماليته وتقويمه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالاً متقوماً فيه، ولذا كان له حبسة والجلد تبع للملك وملكه باقٍ فيه. ثم قيل: يضمن قيمة جلد مدبوغ ويعطي ما زاد الدباغ. قال فخر الإسلام وغيره في شرح الجامع الصغير: قولهما «يعطي ما زاد الدباغ فيه» محمول على ما إذا قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير، أما إذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي وهو قيمة جلد مذكى غير مدبوغ. وفي الكافي: وإن استهلكه يضمن قيمته طاهراً غير مدبوغ، والجمهور على أنه يضمن قيمته مدبوغاً. ولو جعل الجلد فرواً أو جراباً أو زقاً لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل، وإن خللها بصب الخل فيها قيل يكون للغاصب بغير شيء عند أبي حنيفة، سواء صارت خلاً من ساعتها أو بمرور الزمان عليها لأن خلط الخل استهلاك واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان. وعندهما إن صارت خلاً من ساعتها فكما قال أبو حنيفة أنه استهلاك، وإن صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقوقهما كيلاً. وفي التتارخانية: وإذا غصب تراباً أو لبنة أو جعله آنية، فإن كان له قيمة فهو مثل الحنطة إذا طحن، فإن لم يكن له قيمة فلا شيء عليه من الضمان. وفي القدوري: المغصوب منه يكون أسوة للغرماء في الثمن ولا يكون أخص بشيء من ذلك. وفي الذخيرة: اتخذ كوزاً من طين غيره كان الكوز له، فإن قال رب الطين أنا أمرته به فهو أحق به. وفي نوادر ابن سماعة: رجل هشم طشتاً لغيره وهو مما يباع وزناً فربه بالخيار إن شاء أمسك الطشت ولا شيء له، وإن شاء دفعه وأخذ قيمته، وكذا كل مصنوع. قيد بقوله «أتلفهما» لأنهما لو هلكا لا يضمن بالإجماع والمجمع عليه لا يحتاج إلى دليل لأن دليله الإجماع ولم يظهر لهذا الاختلاف في التقويم فائدة عندي فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنه قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها، وقولهم لم ينظر إلى قيمته ذكياً غير مذبوح بعينها وإلى قيمته مذبوحاً فيضمن فضل ما بينهما صريح في ذلك، فما فائدة الاختلاف والمآل واحد؟ ولهذا لو دبغه بما لا قيمة لا له يضمنه بالاستهلاك. وفي السغناقي: ومن أتلف الشاة المذبوحة المتروكة التسمية عمداً لا يضمن اهـ.

قال رحمه الله: **(ومن كسر معزفاً أو أراق سكراً أو منصفاً ضمن)** وهذا قول الإمام. وقالا: لا يضمنها لأنها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولأنه فعله بإذن الشارع لقوله عليه الصلاة والسلام «بعثت لكسر المزامير وقتل الخنازير» ولقوله عليه الصلاة والسلام «إذا

ضمن وصح بيع هذه الأشياء ومن غصب أم ولد أو مدبرة فمات ضمن قيمة المدبرة لا

رأى أحدكم منكراً فلينكره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان» والكسر هو الإنكار باليد ولهذا لو فعله بإذن ولي الأمر وهو الإمام لا يضمن فبإذن الشارع أولى. وللإمام أنه كسر ما لا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لأجل اللهو كاستهلاك الأمة المغنية لأن الفساد مضاف إلى فعل الفاعل مختار والأمر باليد فيما ذكر هو في حق الإمام وأعوانه لقدرتهم عليه وليس لغيرهم إلا باللسان على أنه يحصل بدون الإتلاف كالأخذ، ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما في الأمة المغنية والكبش النطوح والحمام الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي، ويضمن قيمة السكر والمنصف لا المثل لأن المسلم ممنوع من تملك عينه وإن جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليباً لأنه مال متقوم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون. قيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو، أما الدف والطبل اللذان يضربان في العرس والغز وفيضمن اتفاقاً. ولو شق زقاً فيه خمر يضمن عندهما لإمكان الإراقة بدونه، وعند أبي يوسف لا يضمن لأنه قد لا تتيسر الإراقة إلا به. وفي العيون: يضمن قيمة الزق. وذكر في النهاية أنه لا يضمن الدنان إلا إذا كسر بإذن الإمام، والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد. وذكر في النهاية عن الصدر الشهيد يهدم البيت على من اعتاد الفسوق وإنواع الفساد وقالوا: لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، وقيل يراق العصير أيضاً قبل أن يتنبذ ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه مر على نائحة في منزلها فضربها بالدرة حتى سقط خمارها قالوا: يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال: لا حرمة لها. وتكلموا في معنى قوله «لا حرمة لها» قيل معناه لما اشتغلت بالمحرم فقد أسقطت حرمة نفسها. وروي أن الفقيه أبا الليث البلخي خرج على بعض نهر فكان النساء على شاطئه كاشفات الرؤوس والأذرع فقيل له كيف تفعل؟ فقال: لا حرمة لهن إنما الشك في إيمانهن. ثم الأمر بالمعروف فرض إن كان يغلب على ظنه أنه يقبل منه ولا يسعه تركه، ولو علم أنه يهان ويضرب ولا يصبر على ذلك أو تقع الفتن فتركه أفضل. ولو علم أنه يصبر على ذلك ولا يصل إلى غيره ضرر فلا بأس به، ولو علم أنهم لا يقبلون ذلك منه ولا يخاف منهم ضرر فهو بالخيار والأمر أفضل. وفي التتارخانية: يضمن قيمته خشباً منحوتاً. وفي المنتقى: يضمن قيمته ألواحاً. أحرق باباً منحوتاً عليه تماثيل منقوشة يضمن قيمته غير منقوش بتماثيل، فإن كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل ضمن قيمته منقوشاً بمنزلة منقوش شجر. أحرق بساطاً فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصوراً. هدم بيتاً مصوراً بأسباع وتماثيل الرجال والطير ضمن قيمة البيت والأسباع غير مصور. فإن قلت: لماذا ضمن في الباب غير منقوش وفي البساط مصوراً؟ قلت: لأن التصوير في البساط بالصوف وهو مال في ذاته بخلاف الخشب. قال رحمه الله: **(وصح بيع هذه الأشياء)** وهذا قول

أم الولد.

الإمام. وقالا: لا يجوز بيع هذه الأشياء لأنها ليست بمال متقوم وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية. قال رحمه الله: **(ومن غصب أم ولد أو مدبرة فمات ضمن قيمة المدبرة لا أم الولد)** وهذا عند الإمام. وقالا: يضمن أم الولد أيضاً لأنها متقومة عندهما كالمدبرة وقد ذكرناه والدليل من الجانبين في كتاب العتق لا يقال قد علم ما ذكر المؤلف رحمه الله تعالى في كتاب العتق أن أم الولد لا قيمة لها عند الإمام حيث قال:

وما لام ولد تقوم

فذكر أم الولد هنا لا فائدة له لأنا نقول: بل فيه فائدة لأنه ثمة بين الحكم فيما إذا أعتقها الشريك فربما يتوهم شخص أن الحكم في الغصب يخالف ما تقدم فبين المؤلف رحمه الله أنه لا يخالف والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الشفعة

هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه وتجب للخليط في نفس المبيع وتجب

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما، والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه ولكن توفر الحاجة إلى معرفته لكثرة الأحكام المتعلقة به أوجبت تقديمه. والكلام فيها من وجوه: الأول في معناه لغة، والثاني شرعاً، والثالث في بيان دليلها، والرابع في بيان سببها، والخامس في ركنها، والسادس في شرطها، والسابع في حكمها وصفتها، فهي لغة مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر، وشرعاً ما ذكره المؤلف، ودليلها ما روي أن عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعه أو حائطه وقال عليه الصلاة والسلام «الجار أحق بشفعة جاره» وسببها دفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاد النار وإعلاء الجدار وإثارة الغبار. وركنها هو الأخذ من المشتري أو من البائع. وشرطها كون المحل عقاراً علواً كان أو سفلاً مملوكاً ببدل هو مال. وأما حكمها فهو جواز طلب الشفعة عند تحقق سببها. وصفتها أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والشرط. قال رحمه الله: **(هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه)** هذا في الشرع وزاد بعضهم شركة أو جوار. فقوله تمليك جنس شمل تمليك العين والمنافع، وقوله «البقعة» فصل أخرج به تمليك المنافع. وقوله «جبراً» أخرج به البيع فإنه يكون بالرضا، وقوله «بما قام عليه» يعني حقيقة أو حكماً كما سيأتي في الخمر وغيره والمراد تمليك البقعة أو بعضها ليشمل ما إذا اشتراها أحد شفعائها ففي التتارخانية: اشترى الجار داراً ولها جار آخر من جانب آخر وطلب الشفعة تقسم الدار بين المشتري والجار نصفين. وفي التتارخانية: وإنما تجب في الأراضي التي يملك رقابها حتى لا تجب في الأراضي التي حازها الإمام لبيت المال وتدفع للناس مزارعة فصار لهم فيها بناء وأشجار فإن بيع هذه الأراضي باطل، وإنما تجب بحق الملك في الأراضي حتى لو بيعت دار

للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصاً ثم للجار

بجنبها دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي. قال ابن قاضي زاده: إذا كان حقيقة الشفعة التمليك لزم أن لا يكون لقوله الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد صحة إذ الثبوت لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ بالتراضي ولا بقضاء القاضي ولم يوجد التمليك أيضاً فعل تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التمليك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالإشهاد. وأيضاً قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز الطلب وثبوت الملك بالقضاء أو بالتراضي فلو كان نفس التمليك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو بالتراضي لأن يكون حكماً للشفعة. أما الأول فلأنه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى ملك المنفعة المشفوعة، وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشيء يقارنه أو يعقبه، فالأظهر عندي في تعريف الشفعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اهـ. والجواب أن المراد بالوجوب والاستقرار استقرار حق الأخذ لا نفسه، وقولهم حكم الشفعة جواز الطلب يعين حكم حق الأخذ فلا إيراد.

قال رحمه الله: **(وتجب للخليط في نفس المبيع)** يعني تثبت للشريك في نفس المبيع لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل الشركة لم تقسم ربعه، واعترض بأن الحديث وإن دل على بعض المدعي وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الآخر إلا أنه يبقى بعضه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك أيضاً كالجار الملاصق لأن اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد، وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند فاقتضى انتفاء حق الشفعة من غير الشريك كالجار. والجواب أن ثبوت حق الشفعة للجار أفاده حديث آخر فظهر أن القصر غير حقيقي.

قال رحمه الله: **(وتجب للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصاً ثم للجار الملاصق)** يعني يثبت بعد الأول للشريك في حق المبيع كالشرب والطريق؛ أما الطريق فقد تقدم دليله، وأما الجار فلقوله عليه الصلاة والسلام «الجار أحق بشفعة جاره» وإنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه، وكل ما كان أكثر اتصالاً كأن أخص ضرراً وأشد فكان أحق بها لقوة الموجب لها فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقوى إلا إذا ترك فله أن يأخذ إن شهد. وقال الشافعي: لا تجب للجار. وقوله «إن كان خاصاً» يعني الشرب والطريق وإن لم يكن خاصاً لا يستحق به الشفعة. والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وإن كان نافذاً فليس بخاص، وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة لا

الملاصق والشريك في خشبة وواضع الجذوع على الحائط جار على عدد الرؤوس بالبيع

يغر، وإن بيعت في العليا كان لهم وللعليا جميعاً لأن في العليا حقاً لأهل السكتين حتى كان لهم كلهم أن يمروا فيها وليس في السفلى حق لأهل العليا حتى لا يكون لهم أن يمروا فيها ولا لهم فتح باب. والشرب الخاص عند الإمام ومحمد أن يكون نهراً صغيراً لا تمر فيه السفن، فإن كانت تمر فيه السفن فليس بخاص، فإذا بيعت أرض من الأراضي التي تسقى منه لا يستحق أهل النهر الشفعة والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير، وقيل إن كان أهله يحصون فهو صغير، وإن كانوا لا يحصون فهو كبير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فقدر ما يحصى بخمسمائه، وقيل هو مفوض إلى رأي المجتهدين في كل عصر، فإن رأوه كثيراً كان كثيراً، وإن رأوه قليلا كان قليلاً وهو أشبه الأقاويل بالفقة. والجار الملاصق وهو الذي ظهر بيته إلى ظهر بيت هذا وبابه في سكة أخرى. وفي شرح الطحاوي: صورته: دار فيها منازل وباب الدار إلى سكة وغير نافذة وأبواب هذه المنازل إلى هذه الدار وكل منزل لرجل على حدة إلا منزلاً منها لرجلين، ولهذا المنزل المشترك جار ملاصق على ظهره فباع أحد الشريكين نصيبه، فالشفعة أولاً للذي لم يبع فإن أسلم أو لم يطلب فالشفعة لأرباب المنازل ولو لم يطلبوا وسلمها فالشفعة لأهل السكة ويستوي في ذلك الملاصق وغيره، والجار الذي له الشفعة عندنا الملازق الذي داره لزيق الدار الذي وقع فيها الشراء والجار الذي هو مؤخر عن الشريك هو أن لا يكون شريكه في الأرض لا في الطريق والمسيل. وفي المحيط: سكة غير نافذة فيها عطف فإن كان مربعاً فأهل العطف أولى بما بيع فيه لأن المربع كالمنفصل وهذا لهم أن ينصبوا الدرب في أعلاه، وإن كان العطف مدوراً فالكل سواء لأن المدور كالمتصل. وفي نوادر ابن هشام قال أبو يوسف: المدور والمربع والمستطيل سواء. درب غير نافذ في أسفله مسجد ظهر إلى الطريق الأعظم خطه الإمام فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لأهل الدرب إلا من جاورها، وإن كان حول المسجد بيوت تحول بينه وبين الطريق فالشفعة لكل أهل الدرب إلا من جاورها لأن الإمام لما خط المسجد للطريق كان له أن يفتح إلى الطريق ويدخل الناس منه إلى الصلاة وإمكان الفتح الآن كالفتح السابق. وفي التتارخانية: ولو كان المبيع بعضه يلازقه وبعضه لا يلازقه فالشفعة له فيما يلازقه أرضاً كان أو بستاناً أو غيره. ولم يتعرض المؤلف لما إذا كان شريكاً في الطريق والآخر في المسيل من يقدم. وفي التتارخانية: وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب المسيل إذا لم يكن المال مسيل الماء لكاله اهـ.

قال رحمه الله: **(والشريك في خشبة وواضع الجذوع على الحائط جار)** لا يكون شريكاً لأن الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة منقولة وواضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً بل جار ملاصق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر فيستحق

....

الشفعة على أنه جار ملاصق، ولا يرجح بذلك على غيره من الجيران، وكذا إذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لأن إلشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا يستحق به الشفعة. ولو كان البناء والأرض الذي عليها البناء مشتركاً بينهما كان هذا أولى لأنه شريك في بعض المبيع ويتأتى ذلك فيما بينا أولاً على وجه الشركة ثم تقسما الأرض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه مشتركاً فهو شريك فيقدم على الجار؛ هذا رواية، وفي رواية هو والجار سواء في غير موضع الجدار لأن الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وهو فيه سواء. وفي الجامع الصغير الحسامي: ولو كان خليطاً من وجه كان مقدماً على الجار. وفي أدب القاضي للخصاف: الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق هو من لا يكون شريكاً في الأرض فلو كان شريكاً في منزل في الدار أو بيت منها فبيعت الدار كان هو أحق في المنزل لما ذكرنا، واستويا في البقعة في رواية لأنهم كلهم جيران في حق البقعة. ولو ان دار بين رجلين ولأحدهما فيها منزل مشترك بينه وبين آخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار لأنه شريك فيها. والشريك في البئر أولى بالبئر لأنه شريك فيها والآخر جار، وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين وعليه لو لأحدهما مشترك بينه وبين الآخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لأن كل واحد منهما شريكه في نفس المبيع وجار في حق الآخر؛ كذا في الشارح وغيره. قال ابن قاضي زاده: في هذا التمثيل قصور لأن المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة؛ نص عليه في المغرب وقد تقدم ذلك في بيان الحقوق فتمثيل الشريك في المنزل بشركة في بيت يخالف ما تقدم ولا ضرورة تدعوا إليه اهـ. والجواب أنه تقدم أن الفرق بين المنزل والبيت اصطلاح طائفة وعند طائفة أخرى لا فرق فهذا على عدم الفرق فلا قصور. وفي المحيط: دار بيعت ولها بابان في زقاقين ينظر؛ إن كانت في الأصل دارين باب كل منهما في زقاق اشتراهما رجل واحد في رفع الحائط من بينهما وصارت داراً واحدة ولها باب فالشفعة لأهل الزقاقين في الدار جميعاً على السواء فكان العبرة للأصل دون العارض، ونظير هذين الزقاقين إذا كان أسفله زقاق إلى جانب آخر فرفع الحائط من بينهما فصار الكل سكة واحدة كان لأهل كل زقاق الشفعة في الذي يليهم خاصة ولا شفعة في الجانب الآخر. قوم اقتسموا داراً ورفعوا طريقاً بينهم فجعلوها نافذة ثم بنوا دوراً وجعلوا أبواب الدور مشارعة إلى سكة فباع بعضهم داره فالشفعة بينهم بالسواء لأن هذه السكة وإن كانت نافذة فكأنها غير نافذة، وإذا بيع السفل فلصاحب العلو الشفعة، فإن لم يأخذ حتى انهدم البناء أو كان مهدوماً حين البيع فلا شفعة له عند الثاني. قال الثالث: له الشفعة لأن الشفعة تستحق بسبب إقرار البناء وهو حق التعلي وهو قائم. ولأبي يوسف أن الشفعة إنما تجب بما هو مملوك له وهو البناء والهواء وحق التعلي ليسا بمملوكين. قال رحمه الله: **(على**

وتستقر بالإشهاد.

عدد الرؤوس بالبيع) يعني تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤوس إذا كانوا كثيرين. والباء في قوله «بالبيع» تتعلق بتجب في قوله «تجب للخليط» معناه تجب الشفعة بعقد البيع أي بعده لأنه سبب له لأن السبب هو الاتصال على ما بيناه، وأورد عليه أن مجيء الباء معنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالأظهر أن تكون الباء للمصاحبة والمقارنة فإنه كثير مذكور في كتب العربية. قال في العناية: لو كان السبب هو الاتصال لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب كالإبراء بعد وجود الدين. وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط بعده، ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب. وقال الشافعي: على مقدار الأنصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ألا ترى أنها لتكميل المنفعة فأشبعت العلة والربح والولد والثمرة. ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل، والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوتها، وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك بخلافه هنا. ولو أسقط أحدهم حقه قبل القضاء فإن لمن بقي أن يأخذ الكل لأن التشقيص للمزاحمة وقد زال بخلاف ما إذا أسقط حقه بعد القضاء حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب الآخر لأنه بالقضاء قطع كل واحد منهما عن نصيب الآخر. ولو كان بعضهم غائباً يقضى بالشعفة بين الحاضرين لأن الغائب يحتمل أن لا يطلب فلا يؤخر بالشك، وكذا لو كان الشريك غائباً فطلب الحاضر يقضى بالشفعة لما ذكرنا، ثم إذا حضر الغائب فطلب قضي له لتحقق طلبه غير أن الغائب إذا كان يقاسم الحاضر لا يقضى له بالكل إذا أسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء، وهو نظير ما إذا قضى للشريك ثم ترك ليس للجار أن يأخذه لأنه بالقضاء للشريك انقطع حقه. ولو أراد أخذ البعض وترك البعض فليس له ذلك إلا برضا المشتري، ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه لإعراضه ويقسم على عدد الرؤوس، ولو كان أحد الشفعاء حاضراً والآخر غائباً وطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب أنه يستحق في النصف بطلت شفعته لأنه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة. ولو كانا حاضرين وطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما، ولو طلب أحدهما النصف والآخر الكل بطل حقه من طلب النصف وللآخر أن يأخذ الكل. قال في المحيط: ولو كانت دار بين ثلاثة أحدهما النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع صاحب النصف نصيبه فإنه يقسم ما باع بين الشريكين نصفين لأنهما استويا في علة الاستحقاق وهو الاتصال والضرر، ولهذا لو كانت الدار بين اثنين لأحدهما الأكثر وللآخر الأقل فإذا باع صاحب الكثير أخذ صاحب القليل كله، ولو كان باعتبار الملك لأخذ بقدر ملكه.

قال رحمه الله: **(وتستقر بالإشهاد)** لأنها حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من

وتملك بالأخذ بالتراضي أو قضاء القاضي.

باب طلب الشفعة

فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب ثم على البائع لو في يده أو على

الإشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك إلا بالإشهاد نظراً إلى إثباته وهو أن الاحتياج إلى إثباته إذا أنكر المشتري طلبه، وأما إذا لم ينكر فلا يحتاج، فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بترك الإشهاد إذا لم ينكر مع أن الظاهر من كلامهم بطلانها بترك ذلك مطلقاً. قلت: وقت الإشهاد متقدم على وقت الخصومة ففي إنكار وقت الإشهاد إنكار الخصم طلبه، وعدم إنكاره غير معلوم فإذا ترك الإشهاد في ذلك الوقت لم تعلم رغبته فيه بل يحتمل إعراضه فلذا تبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقاً. قال رحمه الله: **(وتملك بالأخذ بالتراضي أو قضاء القاضي)** قوله «أو قضاء القاضي» معطوف على الأخذ لا على التراضي لأنه بالقضاء ثبت الملك فيها قبل الأخذ يعني يملك الدار بأحد هذين الأمرين إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضهاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لأن ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الشفيع إلا برضاه أو بحكم الحاكم لأن للحاكم ولاية عامة إلا إن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمنع عن الأخذ إذا سلم المشتري له بغير قضاء لأن في القضاء زيادة فائدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين ملكه له، فإذا كانت تملك بأحد الأمرين لا يثبت له فيها شيء من أحكام الملك فيله حتى لا تورث عنه إذا مات في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله تعالى أعلم.

باب طلب الشفعة

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه زاد في الهداية والخصومة فيها، ووجهه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات شرع في بيانها أيضاً. قال رحمه الله: **(فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب)** وهو طلب المواثبة وسمي به لقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لمن واثبها» ولا بد منه لما بينا، والشرط أن يطلب إذا علم على الفور من غير تأخير ولا سكوت لأن سكوته بعد علمه يدل على رضاه بالمشتري فتبطل شفعته إذا كان بعد العلم بالمشتري والثمن لأن السكوت إنما يكون دليل الرضا بالعلم بها، فإذا أخبر بحضرة شهود يشهدهم عليه وإن لم يكن بحضرته أحد يطلب من غير إشهاده والإشهاد لمخالفة الجحود، والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى ولتمكنه من الحلف إذا حلف، ولئلا يكون معرضاً عنها وراضياً، وكون الطلب متصلاً يعني على الفور؛ هذا عند عامة المشايخ. وروى هشام عن

المشتري أو عند العقار ثم لا تسقط بالتأخير فإن طلب عند القاضي سأل المدعى عليه

محمد أن له التأمل إلى آخر المجلس كالمخير لأنه تملك ولا بد من التأمل وهو اختيار الكرخي. وبعض المشايخ. وفي التجريد: وهو أصح الروايتين. وفي الفتاوى العتابية: ولو سكت مكرهاً لا يبطل. وكيفية الطلب على الصحيح أن يكون بلفظ الماضي أو المستقبل إذا كان لفظه يفهم منه طلب الشفعة. وفي الظهيرية: شفعته لي كان ذلك طلباً. ومن الناس من لو قال طلبت وأخذت بطلت شفعته لأن كلامه وقع في الابتداء. والصحيح أنه لا يبطل لأنه أنشأ عرفاً. ولو قال بعد ما بلغه الخبر لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم أو سبحان الله تبطل شفعته على ما اختاره الكرخي لأن الأول حمد على الخلاص، والثاني تعجب، والثالث لافتتاح الكلام، ولا يدل شيء منها على الإعراض. وكذا إذا قال من ابتاعها أو بكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، وكذا لو قال خلص الله ولا يجب الطلب حتى يخبره رجلان غير عدلين أو واحد عدل أو رجل وامرأتان لأنه فيه التزام من وجه فيشترط له أحد شطري الشهادة؛ هذا قول الإمام. وعندهما يجب عليه الطلب إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً، صغيراً كان أو كبيراً، إذا كان الخبر حقاً، ولو أخبر المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالإجماع كيفما كان لأنه خصم والعدد والعدالة لا تعتبر في الخصم. قال رحمه الله: **(ثم على البائع لو في يده أو على المشتري أو عند العقار)** وهذا طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الأخذ ولا بد من هذه الثلاثة، ولا بد من الإشهاد في هذا لأنه يحتاج إليه لأثباته عند القاضي كما تقرر. ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة ظاهراً حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه بحضرة الشهود والمشتري والبائع حاضر وكان ذلك عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين؛ ذكره شيخ الإسلام. وفي العناية: ولو باع إلى أجل فاسد فعجل المشتري الثمن جاز البيع وثبتت الشفعة، وكذا إذا باع الأرض وفيها زرع وفي الخيار المؤبد والأجل إلى القطاف جاز أخذه بالشفعة فإن لم يطلب بطلت. وإذا اشترى رجل من أهل البغي داراً من رجل في عسكر أهل العدل فإن كان لا يقدر أن يبعث وكيلاً ولا يدخل بنفسه هو على شفعته ولا يضره ترك طلب الإشهاد، وإن كان يقدر على ذلك فلم يطلب طلب المواثبة بطلت شفعته. وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته. وإنما صح الإشهاد عند هؤلاء الثلاثة لأن المشتري والبائع خصم فيه بالملك باليد، وأما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البائع خصماً بعد تسليم المبيع إلى المشتري لعدم الملك واليد فلا يصح الإشهاد عليه بعده؛ هكذا ذكره القدوري والناطفي. وذكر شيخ الإسلام أنه يصح استحساناً. ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكين من الإشهادة مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته، وإن قصد الأبعد من هذه الثلاثة وترك الأقرب فإن

....

كانوا جميعاً في مصره جاز استحساناً لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكماً كأنهم في مكان واحد، ولو كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر. أو في الرستاق: وقصد الأبعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياساً واستحساناً لتباين المكانين حقيقة وحكماً، وإن كان الشفيع غائباً يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في طلب التقدير بقدر المسافة إلى أحد هذه الثلاثة.

وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك. وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لأن طلبه غير معلوم لا يصح فإذا لم يبين المطلوب لم تكن المطالبة لها اختصاص بالبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب. وأما الثالث وهو طلب الأخذ والتملك فلا بد منه أيضاً لأنه لا يحكم له به بدون طلبه ونبين كيفية هذا الطلب من قريب إن شاء الله تعالى. وفي الهداية: ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح فلو ترك الطلب قبله لم تبطل شفعته. وفي الخانية: لو عجز عن طلب الإشهاد بأن كان البائع أو المشتري في البغاة أو دار الحرب فإن أمكنه أن يوكل بالطلب أو يكتب كتاباً به ولم يفعل بطلت شفعته، فإن لم يمكنه التوكيل والكتاب لا تبطل. وفي فتاوى أبي الليث: إن كانت شفعته عند القاضي فطلب إلى السلطان الذي يولي القضاة بطلت شفعته، وإن كانت شفعته عند الباشاة والسلطان وامتنع القاضي من إحضاره فهو على شفعته. وفي النوادر: إذا أراد أن يفتتح الصلاة بجماعة فلم يذهب للطلب بطلت شفعته. وفي الأصل: الشفيع إذا علم بالبيع نصف الليل ولم يقدر على الخروج للإشهاد فإن أشهد حين أصبح صح، وإن ترك الإشهاد حين أصبح بطلت. اليهودي إذا علم يوم السبت وترك الطلب بطلت شفعته. وفي فتاوى أهل سمرقند: الشفيع بالجوار إذا خاف أن يطلب الشفعة والقاضي لا يراها فترك الطلب لا تبطل شفعته إذا اتفق البائع والمشتري أن الشفيع علم بالشراء منه أياماً ثم اختلفا بعد ذلك في الطلب فقال الشفيع طلبت منذ علمت وقال المشتري ما طلبت القول قول المشتري. وفي الظهيرية: لو قال المشتري علمت قبل ذلك ولم تطلب فالقول قول الشفيع. وفي نوادر أبي يوسف رحمه الله: إذا قال الشفيع طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله، ولو قال علمت أمس وطلبت أو كان البيع أمس وطلبتها في ذلك الوقت لم يصدق إلا ببينة، وهكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي حكي عن الشيخ عبد الواحد الشيباني رضي الله تعالى عنه إنه قال: إذا قال الشفيع علمت بالشراء وطلبت طلب المواثبة لا يقبل بلا بينة منه لكن إذا قال بعد ذلك علمت منذ كذا وطلبت لا يصدق على الطلب. ولو قال ما علمت إلا الساعة يكون كاذباً. فالحيلة في ذلك أن يقول الإنسان أخبرني بالشراء ثم يقول الآن أخبرت فيكون صادقاً، وإن أخبر قبل ذلك كما في الصغير إذا بلغت في نصف الليل واختارت نفسها وأرادت أن تشهد على ذلك تقول حضت الآن ولا

فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فإن أقر أو نكل أو

تقول حضت نصف الليل واخترت نفسي فإنها لا تصدق في اختيارها نفسها ولكن تقول على نحو ما سبق وتكون صادقة في قولها الآن حضت. وذكر محمد بن مقاتل في نوادره: إن كان الشفيع قد طلب الشفعة من المشتري في الوقت المتقدم ويخشى أنه إذا أقر بذلك يحتاج إلى البينة فقال أخبرت وأنا أطلب الشفعة يسعه أن يقول ذلك ويحلف على ذلك ويستثني في يمينه، وإن قال الشفيع كنت طلبت الشفعة حين علمت بالبيع وأنكر المشتري ذلك وطلب الشفيع يمين المشتري ذكر في الهاروني وأدب القاضي للخصاف أنه يحلف المشتري على نفي العلم أنه ما طلب شفعته أنه ما طلب ولم يذكر فيه خلافاً. وذكر الفقيه أنه قول أبي يوسف. وقال محمد رحمه الله تعالى: أحلفه على البت بالله تعالى ما طلبت شفعته حين بلغك الشراء فإن قال المشتري للقاضي حلفه بالله لقد طلبت هذه الشفعة طلباً صحيحاً ساعة علم بالشراء من غير تأخير حلفه القاضي على ذلك، وإن أقام المشتري بينة أن الشفيع علم بالبيع منذ زمان ولم يطلب الشفعة وأقام الشفيع بينة أنه طلب الشفعة حين علم بالبيع فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري. وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: المشتري إذا أنكر طلب الشفعة فالقول قوله مع يمينه فبعد ذلك ينظر عند سماع البيع يحلف على العلم بالله ما تعلم أن الشفيع يحن سمع البيع طلب الشفعة، وإن أنكر طلبه عند اللقاء يحلف على البتات في سماعه. قال رحمه الله: **(ثم لا تسقط بالتأخير)** يعني لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الأخذ بعد ما استقرت شفعته بالإشهاد وهذا قول الإمام وأبي يوسف في ظاهر الرواية. وفي العيني: الفتوى على قول الإمام. وعن الثاني: إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته. وقال محمد: إن أخر إلى شهر من غير عذر بطلت شفعته لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير، ومحل الخلاف إذا أخبر بغير عذر، ولو كان بعذر من مرض أو حبس ولم يمكنه التوكيل أو قاض لا يرى الشفعة بالجوار في بلدته لا تسقط بالإجماع وإن طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره. وجه قول الإمام أن حقه قد تقرر فلا يسقط بالتأخير بعد ذلك، وما ذكره من الضرر يمكن دفعه بأن برفع المشتري الأمر إلى الحاكم فيؤمر الشفيع بالأخذ أو الترك على أنه مشكل فيما إذا كان الشفيع غائباً حيث لا يسقط بالتأخير، ولو كان ضرورة تراعي لسقطت إذ لا فرق في الضرر بين أن يكون حاضراً أو غائباً، وفي الكافي: لو لم يكن في البلدة قاض لا تبطل بالتأخير بالإجماع.

قال رحمه الله: **(فإن طلب عند القاضي سأل المدعى عليه فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فإن أقر أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها)** يعني إذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سأل القاضي المشتري عن الدار التي

برهن الشفيع قضى بها ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى وخاصم البائع لو

يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع أم لا؛ وإن أقر بأنها ملكه أو أنكر أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المدعي عن الشراء فيقول له هل اشتريت أو لا، فإن أقر بأنه اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة فقضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الأخذ الموعود به فذكر هنا سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولاً عقيب طلب الشفعة وليس كذلك، بل القاضي يسأل أولاً المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصر ومحلتها وحدودها لأنه ادعى فيها حقاً فلا بد أن يكن معلوماً لأن دعوى المجهول لا تصح، فإن بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار أو لا لأنه إذا لم يقبضها لم تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع، فإذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وعن حدود ما يشفع به لأن الناس يختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صحيح أو يكون محجوباً بغيره، فإن بين سبباً صالحاً ولم يكن محجوباً بغيره سأله متى علم وكيف صنع حين علم لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك، وسأله عن طلب التقرير كيف كان وعمن أشهد وهل كان الذي استشهد عنده أقرب من غيره أو لا، فإذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه تمت دعواه وأقبل على المدعى عليه وسأل كما ذكر المؤلف، فإذا عجز الشفيع عن البينة وطلب يمين المشتري استحلفه القاضي بالله ما تعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به، وهذا قول أبي يوسف لأن الدار في يد غيره وعند محمد يحلف على البتات لأنه يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وبعد ذلك سأل القاضي المدعى عليه فيقول هل اشتريت أم لا، فإن أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشتراه لأن الشفعة لا تجب إلا بالشراء فلا بد من إثباته بالحجة، فإن عجز عن أقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلفه بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول الإمام ومحمد، والأول على السبب وهو قول أبي يوسف. وإنما يحلف على البتات لأنه تحليف على فعل نفسه، فإن نكل أو أقر أو أقام الشفيع بينة قضى به لظهور الحق بالحجة، وفي الجوهرة: قال المدعى عليه هذه الدار في يده ولكنها ليست ملكه قال الأول والثالث: لا يقضى لهم حتى يقيم البينة أنها ملكه. وعن الثاني: إذا أقر باليد كان القول قول الشفيع أنها ملكه. قال رحمه الله: **(ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى)** بل يجوز له المنازعة وإن لم يحضر الثمن إلى مجلس القاضي، فإن قضى له بالشفعة يأمره بإحضار الثمن وهو ظاهر الرواية. وعن محمد أنه لا يقضى له بالشفعة حتى يحضر الثمن احترازاً طلب الشفيع الشفعة ورافعه إلى القاضي والقاضي يؤجله ثلاثة أيام لنقد الثمن، فإن جاء به إلى هذه المدة إلا أبطل شفعته. وفي فتاوى أبي الليث: الشفيع إذا طلب الشفعة فقال المشتري هات الدارهم وخذ شفعتك فإن أمكنه احضار الدراهم في ثلاثة أيام وإلا بطلت

في يده ولا تسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البائع

شفعته. قال الصدر الشهيد: والمختار أنها لا تبطل. وفي الحاوي: إنها تبطل. وفي جامع الفتاوى: الفتوى اليوم على قول الحاوي ا هـ. ثم إذا قضى القاضي بالشفعة قبل إحضار الثمن فللمشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن إليه وينفذ القضاء عند القاضي محمد، ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال له ادفع لا تبطل بالإجماع لتأكده بالقضاء بخلاف ماذا أخر قبل القضاء بعد الإشهاد عند محمد حيث يبطل لعدم تأكده وفي الجوهرة: فإن طلب تأجيلاً في الثمن يؤجله يوماً أو يومين أو ثلاثاً، فإن سلم وإلا حبسه القاضي حتى يدفع الثمن ولا ينقض القضاء بالشفعة. وفي شرح الطحاوي: اختصما إلى القاضي يؤجل الشفيع قدر ما يرى لإحضار الثمن فإن أحضر في المدة قضى له وإلا بطلت شفعته؛ كذا في الخلاصة. وفي ابن فرشته: باع المشتري الدار أو وهبها من غيره ثم غاب الأول فادعى الشفيع على الحاضر الذي هو المشتري الثاني أو الموهوب له فأنكر الحاضر فأراد الشفيع إقامة البينة قال أبو يوسف: هو خصمه فتقام البينة عليه. وقالا: لا يكون خصماً ولا تقام البينة عليه. لهما أن القضاء على الغائب قصداً لا يجوز وفي جعله خصماً إبطال حق الغائب قصداً فلا يجوز بخلاف ما إذا صدقه لأن الإقرار حجة قاصرة فلا تعدو عن نفسه. قال رحمه الله: **(وخاصم البائع لو في يده)** يعني للشفيع أن يخاصم البائع إذا كان المبيع في يده لأن له يداً محقة أصالة فكن خصماً كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لأن يدهم ليست أصالة فلا يكون خصماً.

قال رحمه الله: **(ولا تسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البائع)** لأن الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له فيشترط حضور البائع والمشتري للقضاء عيهما بهما لأن لأحدهما يداً وللآخر ملكاً فلا بد من اجتماعهما لأن القضاء على الغائب لا يجوز، ولأن أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبل القبض يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما إذا هلك قبل القبض ولا يجوز الفسخ عليهما إلا بحضرتهما بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لأن العقد قد انتهى بالتسليم وصار البائع أجنبياً عنهما. ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا أن يجعل فسخاً في حق الإضافة إلى المشتري لأن البيع قد فات بالأخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بأنه انفسخ بالإضافة إلى المشتري وبقي أصل العقد مضافاً إلى الشفيع قائماً مقام المشتري كأن البائع باعه له وخاطبه بالإيجاب فجعل العقد متحولاً إلى الشفيع فلم ينفسخ أصله وإنما انفسخ إضافته إلى المشتري. ونظيره في المحسوسات من رمى سهماً إلى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمي بنفسه لم ينقض وإنما انتقض التوجه إلى الأول بتخلل الثاني. وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار. وقال بعض المشايخ: تنتقل الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد.

والوكيل بالشراء خصم ما لم يسلم إلى الموكل وللشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط

ولو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري رآها، ولما كان له الرد بالعيب إذا كان المشتري أبرأ البائع من ذلك العيب. والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه للشفيع ولم يوجد من الشفيع ما يبطل خيار الرؤية والعيب فله ذلك، والمراد بالعهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق. وفي التتارخانية عن الثاني: إذا كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى القاضي للشفيع بالشفعة فينقد الشفيع الثمن للمشتري فالعهدة على المشتري، وإن كان لم ينقد الثمن ودفع الشفيع الثمن إلى البائع فالعهدة على البائع. وإذا رد الشفيع الدار في هذه الصورة بعيب فرد على البائع أو على المشتري بقضاء فأراد المشتري أن يأخذ بشرائه صح له، وإذا أراد البائع أن يردها على المشتري بحكم ذلك الشراء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها، وإن شاء تركها. وحكى في كتاب الشفيع شراء المشتري أولاً ثم رتب عليه الأخذ بالشفعة. قال رحمه الله: **(والوكيل بالشراء خصم ما لم يسلم إلى الموكل)** لأن الخصومة فيه من حقوق العقد وهي إلى العاقد أصيلاً كان أو وكيلاً ولهذا لو كان البائع وكيلاً كان للشفيع أن يخاصمه ويأخذها منه بحضور المشتري كما إذا كان البائع هو المالك إلا أنه إذا سلمها إلى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له ولا يكون خصماً بعده فصار كالبائع فإنه يكون خصماً ما لم يسلمه إلى المشتري، فإذا سلمها إليه ما يبق له يد ولا ملك فيخرج من أن يكون خصماً غير أنه لا يشترط للقضاء حضور الموكل لأن الوكيل نائب عنه والأب والوصي كالوكيل. وظاهر العبارة أنه خصم ما لم يسلم أقام البينة على الوكالة أو لا، أشهد أنه اشتراها لفلان أو لا. وفي جامع الفتاوى عن الثاني فيمن اشترى داراً فقال عند عقد البيع اشتريتها لفلان وأشهد عن ذلك ثم جاء الشفيع يطلبها فهو خصم إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله فحينئذ لا يكون خصماً. وفي الأصل: إذا قال المشتري قبل أن يخاصم في الشفعة اشتريت هذه لفلان وسلمها إليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينهما، ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه لم يقبل منه، ولو أقام البينة لم تقبل. وفي المنتقى مثل ما في جامع الفتاوى. وفي السراجية: وكيل باع داراً وقبضها المشتري فوكل الشفيع البائع في أخذها في الشفعة لم يصح. وفي الكافي: إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أخذها منه إذا كانت في يده، ولو سلمها إلى الموكل لا يطلب ولا يأخذها منه. وفي فتاوى سمرقند: إذا وكل رجلاً ببيع داره فباعها بألف درهم ثم حط المشتري مائة درهم وضمن ذلك الأمر فليس للشفيع أن يأخذها بالشفعة إلا بألف ا هـ. وفي التتارخانية: لو اشترى لغيره بغير أمره فهو خصم ما لم يسلم العين لمن اشتراها له فلو قال المؤلف والمشتري لغيره خصم ما لم يسلم لكان أولى لأنه يشمل الفضولي والأب والوصي ويفيد أن الوكالة ليست بقيد. قال رحمه الله: **(وللشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشتري البراءة منه)** لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد

المشتري البراءة منه وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري وإن برهنا

القبض، وإن كان قبله فهو من البائع ليحول الصفقة إليه فيثبت له الخيار وإن كما إذا اشترى منهما، ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا تشترط البراءة منه لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه ا هـ.

قال رحمه الله: **(وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري)** لأن الشفيع يدعي عليه استحقاق الأخذ عند نقد الأقل والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وحد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئاً فلا يكون الشفيع منكراً فلا يكون في معنى ما ورد به النص فامتنع القياس ا هـ. وفيه نظر من وجوه: الأول قوله لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار فيه ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض كما صرحوا به في كتاب الدعوى. الثاني قوله «فامتنع القياس» لا يخفى أن امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة أن يقول فلا يلحق به ليعم القياس والدلالة. وأطلق المؤلف رحمه الله فشمل ما إذا وقع الاختلاف قبل قبض الدارهم ونقد الثمن أو بعدهما قبل التسليم إلى الشفيع أو بعده لكن في التتارخانية: اشترى داراً وقبضها ونقد الثمن ثم اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري ا هـ. ولو قال في بدل الدار لكان أولى لأنه يشمل الثمن والعروض لأنه لا فرق بينهما إذا كان ثمن الدار دراهم أو عروضاً كما أشار إلى ذلك في شرح الطحاوي حيث قال: اختلف الشفيع والمشتري في قيمة العروض الذي هو بدل الدار فالقول قول المشتري، وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المشتري أيضاً. وفي المنتقى: رجل اشترى داراً وقبضها فجاء الشفيع يطالب الشفعة فقال المشتري اشتريت بألفين وقال الشفيع بألف ولا بينة فحلف المشتري وأخذها الشفيع بألفين ثم قدم شفيع آخر وأقام البينة على أنه اشتراها بألف فيأخذ نصف الدار بخمسمائة ويرجع الشفيع الأول على المشتري بخمسمائة نصيب حصة النصف الذي أخذه الثاني ويقال للشفيع الأول أن شئت فأعد البينة على المشتري من قبل النصف الذي في يدك وإلا فلا شيء لك، ولو كان لهما شفيعان فقال المشتري اشتريتها بألف وصدقة الشفيع في ذلك بألف ثم جاء الشفيع الثاني وأقام البينة أنه اشتراها بخمسمائة فالشفيع الثاني يأخذ من الشفيع الأول نصفها مائتين وخمسين ويرجع الشفيع الأول على المشتري بخمسمائة. وفي العتابية: اشترى داراً فجاء الشفيع وأخذها من المشتري بقوله إنها بألف درهم ثم وجد بينة أنه اشتراها بخمسمائة قبلت بينته، ولو صدق المشتري أولاً فبينته على خلاف ذلك لا تقبل إذا وقع بعد تسليم المبيع إلى الشفيع. قال في الحاوي: سئل علي بن أحمد تنازع في الثمن المشتري والشفيع بعد ما سلم المشتري إلى الشفيع قال: لا يأخذها إلا برضا المشتري وأن يثبت ما قاله الشفيع ثم يأخذ بذلك. وفي قاضيخان:

....

اشترى داراً بالكوفة بكر حنطة تغير عينه فخاصم الشفيع إلى القاضي بمرو وقضى له بالشفعة ذكر في النوادر أنه إن كان قيمة الكوفي في الموضعين سواء أعطاه الشفيع الكر حيث قضى له القاضي، وإن كانت القيمة متفاضلة، فإن كان الكر في الموضع الذي يريد الشفيع أن يعطيه أعلى القيمة فذلك إلى الشفيع يعطيه حيث شاء، وإن كان أرخص ورضي المشتري بذلك أعطاه الشفيع في الموضع الذي يكون قيمته مثل قيمته في موضع الشراء ا هـ. قال رحمه الله: **(وإن برهنا فللشفيع)** يعني ولو قاما فالبينة بينة الشفيع وهذا قول الإمام ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: البينة بينة المشتري لأنها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة أولى كما إذا اختلف المشتري والبائع والوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن أو المشتري من العد ومن المالك القديم في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فالبينة بينة مثبت الزيادة. فإن قلت: البينة إنما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئاً ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق فلزم أن لا تصح بينته فضلاً عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قال أبو يوسف قلت: الجواب أن المشتري وإن كان مدعى عليه في الحقيقة إلا أنه مدعٍ صورة حيث يدعي زيادة الثمن، ومن كان مدعياً صورة تسمع بينته إذا أقامها كما في المودَع إذا ادعى رد الوديعة وأقام عليه بينة على ما عرف في محله، وأما الحلف فلا يجب إلا على مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا ترى المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن إقامة البينة عليه وإنما يجب الحلف على المودع لكونه منكراً للضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه يرد الوديعة. ولهما أن بينة الشفيع أكثر إثباتاً لأنها ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الأخذ والترك، ولأنه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لأنه أمكن أن يعمل بهما بأن ثبت العقدان فيأخذ المشتري بأيهما شاء فلا يصار إلى الترجيح إلا عند تعذر العمل بهما، وهو نظير ما إذا اختلف المولى والعبد فقال المولى قلت لك إذا أديت إلي الفين فأنت حر وقال العبد قلت لي إذا أديت ألفاً فأنت حر فأقاما البينة فالبينة بينة العبد إما لأنها تلزمه أو لأنه لا تنافي ويثبت التعليقان ويعتق العبد بإعطاء أي المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها فإن كل واحدة من البينة تلزمه حتى يخير كل منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بأيهما شاء لأن العقد الثاني يكون فسخاً للأول في حقهما، فلما تعذر الجمع صرفاً إلى الترجيح بالزيادة، وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لأنه لا ينفسخ الأول بالعقد الثاني في حق الشفيع فيأخذ بأي العقدين شاء، ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له أن يأخذه بالبيع الثاني، وإن شاء بالأول، وأما الوكيل مع الموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل فلا يرد. والفرق على الظاهر أن الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما، وأما المالك القديم مع المشتري فقد ذكر في السير أن البينة بينة المالك القديم ولا يرد، ولئن سلمنا ففيها العمل بالبينتين غير ممكن لأن البيع الأول

فللشفيع ولو ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع

ينفسخ بالثاني فوجد التعارض فصرنا إلى الترجيح بالزيادة.

فإن قلت: ما وجه ظهور الفسخ في الملك القديم وعدم ظهوره في حق الفسخ؟ وما الفرق بينهما؟ قلت: حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول، وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الإخراج إلى دار الإسلام والإخراج إليها لم يكن إلا بالبيع الثاني فافترقا، وهذا يجب حفظه هنا. ولم يذكر المؤلف والشارح الاختلاف بينهما في نفس المبيع أو البيع ففي المحيط: قال المشتري اشتريت البناء ثم العرصة فلا شفعة لك في البناء وقال الشفيع اشتريتهما جميعاً فالقول للشفيع مع يمينه على العلم لأن المشتري يدعي عليه سقوط الشفعة بعد ما أقر بثبوت حقه بالشراء، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المشتري عند الثاني، وعند الثالث البينة بينة الشفيع كما مر. ولو قال المشتري باع لي الأرض ثم وهب لي البناء وقال الشفيع بل اشتريتهما جميعاً فالقول للمشتري ويأخذ المبيع بلا بناء إن بناه لأنه لم يقر بشراء البناء أصلاً. ولو قال وهب هذا البيت بطريقه ثم باع مني بقية الدار وصدقه الشفيع بل اشتريت لدار كلها فالبينة بطريقه للمشتري ويأخذ الشفيع بقية الدار لأنه لم يقر بالشراء في ذلك البيت أصلاً. اشترى داراً وقبضها فقال المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول للمشتري لأن المشتري لم يعترف بشراء البناء والبقعة للشفيع، وكذا الحرث والزرع فإن قال المشتري أحدثت فيها النخل أمس لم يصدق، وكذا فيما لا يحدث مثله من البناء لأنه ظهر كذبه بيقين. ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملازق فقال المشتري اشتريت داراً بعد دار فأنا شريك في الثانية وقال الشفيع بل اشتريتهما دفعة واحدة فلي فيهما الشفعة فالقول قول الشفيع لأن المشتري أقر بالشراء ثم ادعى ما يسقط الشفعة فلا يقبل قوله. ولو قال المشتري اشتريت الجميع وقال الشفيع بل اشتريت نصفاً فنصفاً فالقول للمشتري ويأخذ الشفيع الكل أو يدع. وفي النوادر عن أبي يوسف: تصادق البائع والمشتري إن البيع كان فاسداً وقال الشفيع كان جائزاً فالقول للشفيع كما لو اختلف المتعاقد إن في الصحة والفساد القول قول مدعي الصحة. وهذا إذا ادعيا الفساد بأجل مجهول أو شرط فاسد، أما إن ادعيا الفساد بأن الثمن خمر أو خنزير فالقول قول مدعي الفساد، وعلى قول الإمام ومحمد لا تجب الشفعة اهـ. وفي المنتقى: لو اشترها بألف درهم ورطل من الخمر فهو على هذا الاختلاف. وفي فتاوى الفضلي: رجلان تبايعا داراً فطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما فقال البائع كان البيع بيننا مواضعه وصدقه المشتري على ذلك لا يصدقان على الشفيع إلا إذا كان الحال يدل عليه بأن كان المنزل كبيراً وبيع بثمن لا يباع به مثله فحينئذ يكون القول قولهما ولا شفعة للشفيع اهـ. قال رحمه الله: **(ولو ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع)** لأن الأمر كان كما قال

بما قال البائع وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة وإن اشترى داراً بعرض أو عقار أخذها الشفيع

البائع فالشفيع يأخذها به، وإن كان كما قال المشتري يكون حطاً عن المشتري بدعواه الأقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع كما بينا، ولأن تملك المشتري بإيجاب البائع فكان القول قوله في مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فيأخذها الشفيع. ولو كان ما ادعاه البائع أكثر مما ادعاه المشتري تحالفا، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك، وإن فسخ القاضي العقد بينهما يأخذ الشفيع بما يقوله البائع لأن الفسخ لا يوجب بطلان حق الشفيع ألا ترى أن الدار إذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وإن كان الرد بقضاء.

قال رحمه الله: **(وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري)** يعني لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشتري إذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه على ما بينا لأن البائع بالاستيفاء خرج من البين والتحق بالأجانب لانتهاء حكم العقد به فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري والقول فيه للمشتري، ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لأنه إقرار بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يصح والثمن غير مقبوض ظاهراً لأن الأصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله. وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن ويرد إبطال حق الشفيع لأنه إذا قبض الثمن يخرج من البين فيكون أجنبياً فلا يقبل إقراره بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع لأنه يريد بذلك أن يجعل نفسه أجنبياً حتى لا يقبل قوله بمقداره فيرد عليه فيأخذها الشفيع بألف، ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت إلى قوله في مقدار الثمن لأنه لما بدأ بقبضه أولاً خرج من البين فصار أجنبياً. قال في النهاية: نظيره ما إذا قال الموصي اشتريت مال الميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان علي ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي يضمن الألف ولا شيء له على الغريم، ولو قال استوفيت منه ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال الميت بل كان علي ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف درهم أخرى لأنه لما بين قوله في قبض الجميع صار أجنبياً فلا يقبل قوله بين قبض القدر بعد ذلك، وما لم يبين أنه قبض الجميع لا يكون أجنبياً فيقبل قوله في بيان القدر. وفي المحيط: ولو هدم رجل بناء الدار فاختلفا الشفيع والمشتري في قيمة البناء فالقول للمشتري مع يمينه، ولو أقاما بينة فالبينة للمشتري على قياس قوله، وعلى قول محمد بينة الشفيع أولى. ولو استحق بعض الدار أو عرف فقال المشتري بنى نصفها وقال الشفيع لثلثها فالقول للمشتري. قال رحمه الله: **(وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة)**

....

حتى يأخذه بما بقي فلا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لا تلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شيء من الثمن فيأخذه بجميع المسمى عند العقد لأن الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقي هو الثمن. ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن، ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة كان له أن يأخذها بالباقي لأنه تبين أن الثمن أقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق بأصل العقد لأنه لو التحق به كان هبة أو بيعاً بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما، وكذلك الزيادة تلتحق بأصل العقد وإنما لا تظهر في حق الشفيع لأنه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك إبطاله بالزيادة فلا يتغير العقد كما لا يتغير بتجديد العقد لما يلحقه بذلك من الضرر. قال في العناية: حط بعض الثمن والزيادة يستوفيان في باب المرابحة دون الشفعة لأن المرابحة ليس في التزام الزيادة إبطال حق مستحق بخلاف الشفعة فإن في الزيادة إبطال حق ثبت للشفع بأقلهما، فظاهر عبارة المؤلف أن الحط يصح لمن باشر العقد ولو وكيلاً في حالة الصحة أو المرض كان الشفيع وارثاً أو لا. وفي المحيط خلافه قال: ولو وكل رجلاً ببيع داره فباعها بألف ثم حط عن المشتري مائة درهم وضمن ذلك للآمر ليس للشفيع أن يأخذها إلا بالألف لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد. وفيه أيضاً: لو طلب الشفيع الشفعة فسلمها المشتري إليه ثم نقد المشتري للبائع الثمن فوهب له البائع خمسة دراهم من الثمن وقد قبض المشتري من الشفيع جميع الثمن فعلم الشفيع بالهبة فليس له أن يسترد شيئاً لأن الهبة ليست بحط لأن الثمن صار عيناً بالتسليم. ولو وهب البائع خمس دراهم قبل قبض الثمن كان للشفيع أن يستردها منه لأنها هبة الدين والثمن دين في ذمته، ولو باع داراً بثلاثة آلاف وتقابضا فأخذها ورثة البائع بالشفعة فحط البائع عن المشتري في مرضه ألفاً فالحط باطل لأن المشتري نزل منزل الشفيع لأن الحط يظهر في حقه فكان وارثه. ولو حط قبل الأخذ توقف على أخذ المشتري فإن أخذ بطل، وإن ترك صح. ولو لم يكن الوارث شفيعاً ولكن أخذها من المشتري تولية أو مرابحة ثم حط عن المشتري في مرض موته صح الحط ويحط المشتري عن الوارث ما حط عنه وحصته من الربح في المرابحة لأن الحط وقع في بيع الأجنبي لا حق للوارث فيه. باع داراً بمائة درهم وكر حنطة فأخذها الشفيع بهما ثم حط البائع النقد فوجد البائع بالكر عيباً رده وأخذ مثله، للمشتري أن يعطيه الكر الذي قبضه الشفيع. وإن كان المشتري ولاها رجلاً بمائة درهم وبمثل ذلك الكر فحط البائع وحط هو عن الثاني ثم وجد البائع الأول بالكر عيباً فرده رجع بقيمة الدار على المشتري الأول. والفرق أن البيع وإن انفسخ برد الكر في الموضعين إلا أنه تعذر في الأول إيجاب قيمة الدار بأخذ الشفيع فأوجبنا الكر، وفي التولية لم يتعذر فأوجبنا قيمة الدار.

بقيمته ويمثله لو مثلياً وبحال لو مؤجلاً أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها وبمثل الخمر وقيمة الخنزير إن كان الشفيع ذمياً وبقيمتها لو مسلماً وقيمة البناء والغرس لو

قال رحمه الله: **(وإن اشترى داراً بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته ويمثله لو مثلياً)** لأن الشفعة يتملكها بمثل ما يملكها المشتري به، ثم المثل لا يخلو إما أن يكون مثلاً له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب، أو معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذ به لأنه بدل لها، ولهذا لو اشترى عقاراً بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر وقدمنا لو اختلفا في قيمة العروض. قال رحمه الله: **(وبحال لو مؤجلاً أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها)** يعني يأخذها الشفيع من المشتري بثمن حال إذا كان الثمن مؤجلاً أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها عند ذلك، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل. وقال زفر والشافعي ومالك: له ذلك لأنه يأخذ بمثل ما أخذ المشتري بصفته والأجل صفة الدين. ولنا أن الأجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطاً في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه، ولأن الأجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الأجل من غير شرط، ولو كان صفة له لثبت. ثم إن أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة إلى الشفيع على ما بينا وبرجع البائع على الشفيع، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل، وإن اختار الانتظار كان له ذلك. وقوله أو يصبر عن الأخذ أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد وبه كان يقول أبو يوسف أولاً، ثم رجع عنه وقال: لا تبطل شفعته بالتأخير إلى حلول الأجل. قال رحمه الله: **(وبمثل الخمر وقيمة الخنزير إن كان الشفيع ذمياً وبقيمتها لو مسلماً)** يعني إذا اشترى ذمي من ذمي عقاراً بخمر أو خنزير فإن كان شفيعها ذمياً أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لأن هذا البيع بهذا الثمن صحيح فيما بينهم، فإذا صح رتب عليه أحكام البيع ومن جملة الأحكام وجوب الشفعة فيستحقه ذمياً كان أو مسلماً، غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسلم الخمر فيأخذها به لأنه من ذوات الأمثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعاً من تمليكه وتملكه فيجب عليه قيمته كما ذكرنا في ضمان العدوان الخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته، ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه لأنه قيمي فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لأنا نقول: إنما يحرم عليه إذا كانت القيمة بدلاً عن الخنزير، وأما إذا كانت بدلاً عن غيره فلا يحرم وههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير، وإنما الخنزير مقدر بقيمة بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها، فإن أسلم المشتري قبل الأخذ بالشفعة فإن الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير، ولو كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخنزير اعتباراً للبعض بالكل. ولو أسلم الذمي صار

....

حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمة الخنزير والخنزير كما إذا كان الثمن مثلياً فانقطع قبل الأخذ بالشفعة فإنه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا. والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الأحكام لالتزامه أحكامنا مدة مقامه في دارنا، ولا فرق بين أن يكون المشتري داراً أو بيعة أو كنيسة فإن الشفيع يأخذها بالشفعة لأن ملك الذمي فيها ثابت إذا كان يعتقد أن ملكه لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة، وإن كان يعتقد أنه يزول فكذلك أيضاً لأنه بالإقدام على البيع صار معتقداً الجواز. والذمي إذا أدان بديننا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وإن كان في دينهم لا يجوز ولهذا لو ترافعا إلينا نحكم بديننا، والمرتد لا شفعة له. وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير تقدم مراراً. ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوض انتقض البيع لأن الإسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لأنها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه كما إذا اشترى داراً بعبد فهلك العبد قبل القبض فإن البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد.

قيد بكون الثمن خمراً أو خنزيراً لأنه لو كان ميتة أو دماً فلا شفعة له لما في الأصل: اشترى نصراني من نصراني داراً بميتة أو دم فلا شفعة للشفيع اهـ. ولم يتعرض المؤلف لما إذا صار خلاً ثم أسلم البائع أو المشتري ثم استحق نصف الدار وحضر الشفيع فيأخذ النصف بنصف الخمر ولا يأخذ بنصف الخل ثم يرجع المشتري على البائع بنصف الخل إن كان قائماً، وإن كان هالكاً رجع عليه بنصف قيمة الخل. وفي المبسوط: باع المرتد داراً فمات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولا شفعة للشفيع. وفي السغناقي: ولو أسلم البائع قبل اللحوق بدار الحرب جاز البيع وللشفيع الشفعة، ولو كان الشفيع مرتداً فمات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فلا شفعة لوارثه، ولو كان المرتد لم يلحق بدار الحرب ثم بيعت الدار كان لوارثه الشفعة. وإن اشترى المستأمن داراً ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته حتى يلقاه، وإن كان الشفيع هو الحربي ودخل دار الحرب بطلت شفعته، وإن كان الشفيع مسلماً أو ذمياً فدخل دار الحرب إن لم يعلم بالبيع فهو على شفعته، وإن علم ودخل ولم يطلب بطلت شفعته. وإن اشترى المسلم داراً في دار الحرب وشفيعها مسلم ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع، وههنا أصل تنبني عليه هذه المسائل يجب العلم به وهو أن كل حكم لا يفتقر إلى قضاء القاضي فدار الإسلام ودار الحرب في ذلك الحكم على حد سواء، وكل حكم مفتقر إلى قضاء القاضي لا يثبت ذلك في حق من كان من المسلمين في دار الحرب بمباشرة ذلك الحكم في دار الحرب؛ نظير الأول البيع والشراء وصحة الاستيلاء ونفوذ العتق ووجوب الصوم والصلاة فإن هذه الأحكام كلها من أحكام المسلمين وتجري على من كان في دار الحرب من المسلمين. ونظير الثاني الزنا فإن المسلم إذا زنى في دار الحرب ثم دخل دار الإسلام يقام عليه الحد. قال رحمه الله: **(وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو**

بنى المشتري أو غرس أو كلف قلعهما وإن قلعهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط

كلف قلعهما) يعني إذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً، وإن شاء كلف المشتري قلعه فيأخذ الأرض فارغة. وعن أبي يوسف أنه لا يكلف بالقلع ولكنه بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء ترك وبه قال الإمام الشافعي ومالك لأنه ليس متعدياً في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً عند الإمام، وكما إذا زرعها المشتري فإن كل واحد منهم لا يكلف بالقلع لتصرفه في ملكه، وهذا لأن ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع لأن الشفيع يحصل له بمقابلة الثمن عوضان وهو البناء والغرس فلا يعد ضرراً، ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الأول أهون فكان أولى بالتحمل. ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد لغيره من غير تسليط منه فينتقض كالراهن إذا بنى في المرهون ولهذا تنتقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف الموهوب على قول أبي حنيفة والمشتري شراء فاسداً لأنه فعل بتسليط من المالك ولهذا لا ينتقض تصرفهما. وفي الزرع القياس أن يقلع إلا أننا استحسناً ولذا قلنا لا يقلع لأن له نهاية، وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لأنه يترك بأجرته. فإن قلت: الاسترداد عندهما بعد البناء فإن جواز الاسترداد دينا في أنه لا يكلف القلع بل يقتضي القلع كما في الشفيع قلت: يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فساداً احتجاج من أبي يوسف عن أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما أفصح به صاحب غاية البيان وهذا بعيد، والأوجه أن يقال: إن لأبي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد القول المذكور والثاني كما قال الإمام ذكره في الإيضاح. قيد بما ذكر احترازاً عن الزخرفة. وفي قاضيخان: ولو اشترى الرجل داراً وزخرفها بالنقوش شيء كثير كان للشفيع الخيار إن شاء أخذها وأعطاه ما زاد فيها وإن شاء ترك اهـ. قال في المحيط: لأن نقص صفته لا يمكن وفيه نظر لأن المشتري إذا بنى على الدار المشفوعة كان للشفيع أن ينقض البناء ويأخذ الدار ويعطيه ما زاد فيها. وأجيب بأن البناء إذا قلع له قيمة في الجملة بخلاف الزخرفة. قوله «أو بنى أو غرس» مثال وليس بقيد لما في المحيط: ولو أن المشتري زرعها رطبة أو كرما يؤمر بقلعه كالبناء.

قال رحمه الله: **(وإن قلعهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط)** يعني أن الشفيع إذا أخذ الأرض بالشفعة فبنى أو غرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري إن أخذها منه أو على البائع إن أخذها منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس. وعن أبي يوسف أنه يرجع بذلك كالمشتري. والفرق بينه وبين المشتري أن المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط

وبكل الثمن أن خربت الدار وجف الشجر وبحصة العرصة أن نقض المشتري البناء والنقض له وبثمرها إن ابتاع أرضاً ونخلاً وثمراً أو أثمر في يده.

للشفيع من جهة المشتري ولا البائع لأن الشفيع أخذها منه جبراً، ونظيره الجارية المأسورة إذا استردها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع له من القيمة أو الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لأنه لم يغره بخلاف ما لو كان مشترياً حيث يرجع بهما على البائع لأنه مغرور من جهته. قال رحمه الله: **(وبكل الثمن أن خربت الدار وجف الشجر)** يعني لو اشترى أرضاً فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شيء لأنهما تابعان للأرض يدخلان في بيعها من غير ذكر فلا يقابلها شيء من الثمن ولهذا يبيعها في هذه الحالة مرابحة من غير بيان بخلاف ما إذا تلف بعض الأرض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لأن الغالب بعض الأصل. هذا إذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب، وأما إذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصته ذلك لأنه عين مال قائم بقي يحبس عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ. قيد بقوله «حق الشجر» ليخرج الثمر إذا هلك من غير صنع. قال في التتارخانية: ولو هلك الثمر من غير صنع أحد ولم يبق منه شيء سقط حصته من الثمن بخلاف البناء وسيأتي ما يخالفه. قال رحمه الله: **(وبحصة العرصة أن نقض المشتري البناء)** يعني يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن إن نقض المشتري البناء لأنه صار مقصوداً بالإتلاف ويقابله شيء من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد، ونقض الأجنبي النياء كنقض المشتري. وفي التتارخانية: لو لم يهدم المشتري البناء ولكن باعه من غيره من غير إرضاء ثم حضر الشفيع فله أن ينقض البيع ويأخذ الكل وكذا النبات والنخل. قال رحمه الله: **(والنقض له)** يعني النقض للمشتري لأن الشفيع للمشتري لأن الشفيع إنما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال. قال رحمه الله: **(وبثمرها إن ابتاع أرضاً ونخلاً وثمراً أو أثمر في يده)** يعني يأخذها الشفيع مع ثمرها إن كان المشتري اشترى الأرض مع الثمر بأن شرطه في البيع أو أثمر عند المشتري بعد الشراء لأن الثمر لا يدخل في البيع إلا بالشرط بخلاف النخل. والقياس أن لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها. وجه الاستحسان أن الاتصال خلقة صار تبعاً من وجه ولا يتولد من البيع فيسري إليه الحق الثابت في الأصل كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم؛ كذا هنا. وفي الخانية: لو اشترى قرية فيها أشجار ونخل فقطع المشتري بعض الأشجار وهدم بعض البناء فحضر الشفيع يأخذ الأرض وما لم يقطع من الأشجار وما لم يهدم من البناء، وليس له أن يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة البناء

وإن جذه المشتري سقط حصته من الثمن.

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

إنما تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال لا في عرض وفلك وبناء ونخل بيعا

والأرض، فما أصاب البناء سقط، وما أصاب العرصة يأخذها به وينقض بناء المشتري الذي أحدثه وهذا القول ظاهر الرواية. قال رحمه الله: **(وإن جذه المشتري سقط حصته من الثمن)** يعني في الفصل الأول وهو ما اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته، وإن هلك بآفة سماوية فكذلك لأنه لما دخل في البيع صار أصلاً فسقط حصته من الثمن بفواته. وأما في الأصل الثاني فيأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن لأن الثمن لم يكن موجوداً عند العقد فلا يقابله شيء من الثمن، وكان أبو يوسف يقول أولاً إنه يحط من الثمن في الفصل الثاني لأن حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل القبض. ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد القبض سقط حصته من الثمن فكذا هنا، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب من أنه لا يسقط شيء من الثمن لأن الشفيع يأخذ بما قام على المشتري وهو قائم عليه المبيع بدون الثمن بجميع الثمن بخلاف ما إذا كانت موجودة عند العقد لأنه دخل في البيع قصداً، وبخلاف الحادث عند البائع قبل القبض لأنه حدث على ملك المشتري فيكون له حصة من الثمن بالاستهلاك، وليس للشفيع أن يأخذ الثمن بعد الجذاذ في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الأخذ والله تعالى أعلم.

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملاً لأن التفصيل بعد الإجمال أوقع في النفس؛ كذا في العناية. قال رحمه الله: **(إنما تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال)** قوله «في عقار» يتناول ما يقسم وما لا يقسم. وقال الشافعي: لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق، وهذا مبني على أصل عنده وهو أن الشفعة تجب لدفع ضرر أجرة القسام عنده، وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة. واحترز بقوله «بعوض» عما إذا ملك بالهبة فإن الشفعة لا تجب فيها، وقوله «هو مال» عما إذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم عمد والعتق فإن الشفعة لا تجب في هذه الأشياء على ما بينه قريباً، والعقار لغة الضيعة، وقيل ماله أصل من دار وضيعة نقله الإمام الطرزي. ونقل الشراح هنا العقار كل ماله أصل من دار وضيعة اهـ. فهو مطابق للتفسير الثاني. ونقل الجوهري في فصل العين من باب الراء: العقار بالفتح الأرض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار والجمع ضياع. وفي فصل الضاد من باب العين: الضيعة

بلا عرصة ودار جعلت مهراً أو أجرة أو بدل خلق أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط وإن بيعتَ بخيار البائع أو بيعت فاسدا ما لم

العقار اهـ. وفي كلامه اختلال لأنه فسر العقار أولاً بما يشمل الأقسام الثلاثة الأرض والضياع والنخل، ثم فسر الضيعة بالعقار فلزم تفسير الأخص بالأعم كما ترى. وفي المحيط: ويدخل في الحمام ما كان مركباً في بنيانه دون المنفصل كالقصعة، ويدخل في الرحا الحجر الأسفل دون الأعلى لأنه مبني في الأرض، ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يوجد بلا صيد استحق الأجمة والقصب بالشفعة دون السمك لأنه منقول والقصب يشعب في الأرض. وفي التتارخانية: وإنما تجب في الأراضي التي تملك رقابها حتى لا تجب في الأراضي التي جازها الإمام للمسلمين يدفعها بزراعة، وإنما تجب لحق الملك في الأراضي حتى لو بيعت دار بجنبها دار الوقف فلا شفعة للواقف ولا للمتولي لعدم الملك؛ كذا في المحيط وغيره. وفي السراجية: رجل له دار في أرض الوقف فلا شفعة له، ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره. وفي التجريد: ولو جعل داره مسجداً وأفرزه وجعل بابه إلى الطريق فبيعت دار إلى جنب المسجد لم يكن للواقف ولا للمتولي شفعة لعدم الملك. وفي المحيط وغيره: ما لا يجوز بيعه في العقارات كالأوقاف والحانوت المسبل فلا شفعة في ذلك عند من يرى جواز الوقف. وفي المبسوط: لو اشترى أرضاً فيها شجر صغار فأثمرت أو فيها زرع فأدرك فللشفيع أن يأخذ ذلك بجميع الثمر لاتصاله بالأرض اهـ. قال رحمه الله: **(لا في عرض وفلك)** يعني لا تجب الشفعة في عرض وفلك. وقال مالك: تجب في السفينة لأنها تسكن كالعقار. ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» ولأن الأخذ بالشفعة ثبت على خلاف القياس فلا يجوز إلحاق المنقول به لأنه ليس في معنى العقار، وهذا الاستدلال فيه شيء فإن ظاهره حصر ثبوت الشفعة في الربح والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن، فيرد عليه أن مقتضى الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربح وحائط كضيعة خالية مثلاً وليس كذلك قطعاً فكيف يتمسك به؟ قلت: يمكن حمل القصر على القصر الإضافي دون الحقيقي فالقصر بالنسبة إليهما لا بالنسبة إلى جميع ما عداهما فتأمل. قال في العناية: الربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به اهـ. قال رحمه الله: **(وبناء ونخل بيعا بلا عرصة)** لأنهما منقولان فلا تجب فيهما إذا بيعا بلا أرض، وإن بيعا معها تجب فيها الشفعة تبعاً لها بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة على أنه مجاوره وذلك إذا لم يكن طريقه غير طريق السفل، وإن كان طريقهما واحداً يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق.

قال رحمه الله: **(ودار جعلت مهراً أو أجرة أو بدل خلق أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط)** لأن الشارع لم يشرع التملك بالشفعة إلا بما يملك

....

به المشتري صورة ومعنى أو معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك إذا تملك العقار بهذه الأشياء لأنها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها فلم يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما يملك به المشتري فلم يكن مشروعاً. وقال الإمام الشافعي: تجب فيهما الشفعة فيأخذها بقيمتها عند تعذر الأخذ بمثلها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الأخذ بلا عوض إذ هو غير مشروع. ولنا ما تقدم ولأن الشفيع بتملك بما يملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر، وههنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر. ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقاراً مهراً لم يكن فيها الشفعة لأنه تعين بمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر المثل أو بالمسمى عند العقد أو بعده حيث تجب فيه الشفعة لأنه مبادلة مال بمال لأن ما أعطاه من العقار بدل عما في ذمته من المهر. ولو تزوجها على دار على أن يرد عليه ألف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند الإمام. وقالا: تجب الشفعة في حصة الألف لأنه مبادلة مال بمال في حقه ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح وهو يقول معنى البيع فيه تابع فلا شفعة في الأصل فكذا في البيع ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس ماله ألفاً فاتجر وربح ألفاً ثم اشترى بالألفين داراً في جوار رب المال ثم باعها بألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب تبعاً لرأس المال لأن المضارب وكيل في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة، وكذا في حق المضارب وهو البيع؛ كذا في العتابية. قوله «جعلت الدار مهراً» مثال. قال في العتابية: ولو قال صالحتك على أن تجعل هذه الدار مهراً لك وأعطيتك هذه الدار مهراً فلا شفعة للشفيع فيها. وقوله «جعلت مهراً» محترز عن البيع ولو باعها داراً بمهر مثلها أو صالحها على دار أو صالحها من دعوى حق على دار ففيهما الشفعة والقول قول المصالح في قيمة ذلك أو في قدره. وفي السراجية: صالح في دار ادعاه على مائة درهم وهو جاحد لا شفعة فيها، فإن أقام الشفيع البينة أنها التي ادعاها فله الشفعة. وفي شرح الطحاوي: رجل تزوج امرأة ولم يسم مهراً ثم دفع لها داراً مهراً فهو على وجهين: إن قال الزوج جعلتها مهرك فلا شفعة فيها، وإن قال جعلتها بمهرك ألفاً ففيها الشفعة. وفي المحيط: لو خلع امرأته على ذلك على أن ترد عليه ألفاً فهو كما لو تزوج على دار على أن ترد عليه ألفاً كما تقدم. وفيه أيضاً: أسلم داراً لرجل في مائة قفيز حنطة واستلم الدار فللشفيع أخذها بالشفعة، ولو افترقا قبل أن يقبض الدار بطل السلم ولا شفعة للشفيع اهـ. وفي العتابية: لا شفعة في دار هي بدل عن سكنى دار وخدمة عبد. وقيد بقوله «عن دم عمد» احترازاً عن الخطأ. قال في المبسوط: ولو كان عن جناية خطأ تجب الشفعة، لو صالح بها عن جنايتين أحدهما عمداً والأخرى خطأ فلا شفعة فيها على قول الإمام، وعندهما تجب فيها الشفعة فيما يخص جناية الخطأ، ولو صالح عن كفالة رجل بنفسه على دار فلا شفعة فيها لا لأن هذا صلح باطل اهـ. قيد بقوله «بلا عوض مشروط» لأنه لو شرط في العقد تجب الشفعة

....

ففي الخانية: وهب داراً من إنسان بشرط أن يعوضه كذا فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا، وبعد التقابض تجب الشفعة بمثل العوض إن كان مثلياً وإلا فبقيمته إن كان قيمياً. وفي السغناقي: وهب له عقاراً من غير عوض مشروط في العقد ثم عوضة عن الدار داراً فلا شفعة في الهبة ولا في العوض. وفي الأصل: لو وهب سقطاً مسمى في دار غير محجور ولا مقسوم على أن يعوضه كذا فهو باطل ولا شفعة للشفيع والجواب في الصدقة بألفاظها والعطية نظير الجواب في الهبة، وأما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الوصي له ثم مات فإنه تجب فيه الشفعة. قال في الكتاب: إذا قال أوصيت بداري لفلان بألف درهم فقال الموصى له قبلت ثبت للشفيع الشفعة، وإن قال أوصيت أن يوهب له على عوض ألف درهم فهو مثل الهبة بالشرط. وإن ادعى حقاً على إنسان وصالحه المدعى عليه على الدار فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة كان الصلح عن إقرار أو انكار. وفي الفتاوى العتابية: والقول للمدعي في مقدار الدين في حق الشفيع، وكذا لو صالحه عن عيب على دار بعد القبض فالقول للمصالح في نقصان العيب. ولو ادعى داراً في يد رجل وصالحه المدعى عليه على أن يعطيه المدعي دراهم وترك الدار ينظر إن كان الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع اهـ.

قال رحمه الله: **(وإن بيعت بخيار البائع)** لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لأن شرط وجوبها الخروج عن ملكه فإذا أسقط الخيار أو سقط الخيار عند سقوط الخيار، ولأن البيع إنما صار سبباً لإفادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة تنبني على انقطاع حق الملك بالبيع وهو ينقطع حينئذ. وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة؛ أما عندهما فظاهر لأن المشتري تملكها، وأما عنده فلخروجه عن ملك البائع ألا ترى أن البائع إذا أقر بالبيع وأنكر المشتري يجب الشفعة فإذا أخذها الشفيع في الثالث لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط وهو كان للمشتري دون الشفيع. وإذا بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما كان له الأخذ بالشفعة لأن البائع لم يخرج المبيع عن ملكه إذا كان الخيار له ويلزم البيع لأن الأخذ بالشفعة نقض منه للبيع، وكذلك المشتري عندهما إن كان الخيار له لأن المبيع دخل في ملكه عندهما لأنه يصير بالأخذ مختاراً للبيع فيصير إجازة وتملك به المبيع، ولأنه صار أحق به من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالمأذون له والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما وكذا إذا اشترى داراً ولم يرها فبيعت دار بجنبها كان له أن يأخذها بالشفعة لأن ملكه فيها ثابت، وإذا أخذ المشفوعة لم يسقط خياره لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فبدلالته أولى، فإذا حضر شفيع الأولى وهي التي اشتراها المشتري كان له أن يأخذها بالشفعة لأنه أولى بها من المشتري، وليس له أن يأخذ الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة إذا لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة في حقه، واتصاله لا يفيد لعدم ملكه فيها وقت بيع الأخرى،

يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء أو قسمت بين الشركاء أو سلمت شفعته ثم

وإن كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة، فإذا جاء الشفيع الأول بعدما أخذ المشتري الثاني بالشفعة كان لهذا الذي جاء أن يأخذها بالشفعة وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة. وفي التجريد: ولو كان المشتري شرط الخيار لغيره فأجاز وهو شفيعها فله الشفعة، ولو باع عقار أو شرط الخيار لغيره فأمضى ذلك الغير البيع وهو شفيعها فلا شفعة له. وفي الفتاوى: ولو باعه بخيار ثلاثة أيام ثم زاده ثلاثة أخرى يأخذها الشفيع إذا انقضت المدة الأولى. قال رحمه الله: **(أو بيعت فاسدا ما لم يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء)** لأن البيع الفاسد بعد القبض لا يفيد الملك للمشتري فلا يثبت للشفيع فيه فحق مع بقاء ملكه، وبعد القبض وإن كان يفيده لكن حق البائع باقٍ فيها ألا ترى أنه واجب الدفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيه، وفي إثبات الحق له تقريره فلا يجوز، وإذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة فتجب. وقوله «بالبناء» مثال لأنه ينقطع حق البائع بإخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو غيره على ما تقرر في البيع الفاسد، فإذا أخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأي البيعين. فإن أخذها بالبيع الأول أخذها بالقيمة، وإن أخذها بالبيع الثاني أخذها بالثمن لأن البيع الثاني صحيح، وإذا أخرجها عن ملكه بالهبة أو جعلها مهراً وغير ذلك نقض تصرفه وأخذ بقيمته لما ذكرنا. وإذا بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة في المبيع لبقاء ملكه فيها، وإن سلمها بعد الحكم له لا تبطل، فإذا بيعت بعد القبض فاستردها بالبائع منه قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الإخذ فصار كما إذا باعها قبله، وإذا استردها بعد الحكم له بقيت على ملكه لما ذكرنا. وقيد بقوله «بيعت فاسداً» ليفيد أن الفساد قارن العقد واستمر بعده. قيدنا به لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحاً فحق الشفعة على حاله؛ كذا في العناية. واعترض على هذا بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع كي لا يزلم تقرير الفساد وإذا ثبت في حق المشتري كما قلنا في خيار الشرط لا يثبت في حق الشفيع وإن ثبت في حق المشتري؟ وأجيب أن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض فلو أسقطنا العوض بقي بيع بلا عوض وهو فاسد أيضاً، والخيار ثبت لمعنى خارج عن العوضين فلو أسقطنا الخيار بقي بيع بلا خيار وهو مشروع. قال رحمه الله: **(أو قسمت بين الشركاء)** يعني لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الخيار، والشفعة لم تشرع إلا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه. قال في العناية: ولأنها لو وجبت لوجبت للقاسم لكونه جاراً بعد استحقاق الشفعة وهو غير صحيح لأن سببه الإفراز وهو متأخر وهو لا بد أن يكون متقدماً على زوال الملك القائم كما تقدم وكونه جاراً متأخر. وقول صاحب غاية البيان ولأنها لو وجبت لوجبت للقاسم لأنه شريك والشريك أولى من الجار فيه

ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلاً.

باب ما تبطل به الشفعة

....

نظر لأنه شريك قبل القسمة لا بعدها والكلام فيما بعدها.

قال رحمه الله: **(أو سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء)** يعني إذا أسلم الشفيع الشفعة ثم ردت إلى البائع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان أو بيعت بقضاء القاضي لا تجب الشفعة فيها لأنه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقداً جديداً فعاد إليه قديم ملكه والشفعة تجب في الإنشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده، وفي الجامع الصغير: ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة في الرد بخيار رؤية وليس معناه أن خيار الرؤية لا يثبت في القسمة لأن المذكور في كتاب القسمة أن خيار الرؤية يثبت في القسمة وخيار الشرط أيضاً لأن ثبوتها لخلل في الرضا بالعقد الذي لا ينعقد لازماً إلا بالرضا والقسمة منه لما فيها من معنى المبادلة، والمبادلة أغلب في غير الكيلي والوزني فيجوز فيه خيار الرؤية والشرط ولا يجوز في المكيل والموزون لأن الإقرار فيهما هو الغالب. وقال في الكافي: وصحح شمس الأئمة السرخسي أن خيار الرؤية لا يثبت في القسمة سواء كانت بقضاء أو رضاء؛ قاله المشايخ. وقلنا: لا فرق بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده؛ كذا في العناية. ولا عبرة بقول من قال المراد بعد القبض لأنه لو كان هذا مراداً كان مناقضاً لقولهم في غير هذا المحل ولا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده؛ كذا في العناية اهـ. قال رحمه الله: **(وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلاً)** يعني تجب الشفعة إن ردها المشتري بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع. وقال زفر: لا تجب لأن شفعته بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء إقالة والإقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة بقصد العاقدين. قلنا: الإقالة سبب للملك بتراضيهما كالبيع غير أنهما قصد الفسخ فيصح فيما لا يتضمن إبطال حق الغير لأن لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخاً في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعاً جديداً في حق الشفيع فيتجدد له به حق الشفعة. قال الشارح قال صاحب الهداية: ومراده بالرد بالعيب الرد بعد القبض. قال رحمه الله: وهذا إنما يستقيم على قوله محمد لأن بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول، وأما على قولهما يجوز بيعه قبل القبض فلا يفيد القيد المذكور والله أعلم.

باب ما تبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة وجوده ذكر ما تبطل به الشفعة بعد ذكر ما تثبت به

وتبطل بترك المواثبة أو التقرير وبالصلح عن شفعته على عوض وعليه رده وبموت

الشفعة. قال رحمه الله: **(وتبطل بترك المواثبة أو التقرير)** حين علم مع القدرة عليه بأن لم يمنعه أحد ولم يكن في الصلاة لأنها تبطل بالإعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة إعراض على ما تقدم. والأصل في هذا الباب أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وإن من ثبت له الحق إذا أسقطه بعد ثبوته له سقط علم بثبوته له أو لم يعلم. وتعبير المؤلف بترك الطلب أولى من تعبير صاحب الهداية بترك الإشهاد لأنه يرد على صاحب الهداية أن الإشهاد ليس بشرط وترك ما ليس شرطاً في الشيء لا يبطله. وفي المحيط: لو سلم الشفعة للوكيل صح وسقطت ويصح تعليق الإسقاط بشرط، ولو قال سلمت لك إن اشتريت لنفسك لم تبطل إذا كان اشتراها لغيره، ولو قال لأجنبي سلمت شفعة هذا سقطت شفعته لأنه سلم مطلقاً فصرفناه إلى المشتري حملاً لكلام العاقل على الصحة. ولو قال سلمت لك لا يصح لأن الأجنبي بمعزل عن هذا العقد، ولو قال له أجنبي سلم للمشتري فقال سلمت لك صح استحساناً كأنه قال سلمت الشفعة للمشتري لشفاعتك. قال رحمه الله: **(وبالصلح عن شفعته على عوض وعليه رده)** يعني تبطل الشفعة إذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد العوض لأن حق الشفيع ليس بمقرر في المحل وإنما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فيما إذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط حصتك فيما اشتريت أو على أن لا تطلب الثمن مني لكونه ملائماً حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما، ومع هذا لا يتعلق إسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله أسقطت، تحقق الشرط أو لم يتحقق، فأولى أن لا يتعلق بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محضة فيصح الإسقاط ويبطل الشرط، وكذا إذا باع شفعته بمال لما بينا. ونظير ما نحن فيه إذا قال للمخيرة اختاري بألف أو قال ألفين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت المال والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية، وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال. قال في شرح الجامع الكبير: إذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل شفعته كما في الكفالة. والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فإن الثمن سلم له والمكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له بعوض معنى فإن الثمن سلم له عوضاً أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة اهـ. قال الشارح: والأصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال. قيد بقوله «صالح عن شفعته» لأنه لو صالح على أخذ نصيب الدار بنصف الثمن يجوز، ولو صالح عن أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته لأنه لم يوجد منه الإعراض غير أن الثمن مجهول ومثله من الجهالة يمنع صحة البيع ابتداء والأخذ بالشفعة بيع. وفي المبسوط: ساوم الشفيع المشتري أو سأله أن يوليه إياها بذلك الثمن فقال نعم فهو تسليم منه

الشفيع لا المشتري وبيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة ولا شفعة لمن باع أو بيع له

اهـ. وفي المحيط: وهذه على ثلاثة أوجه: أحدها ما ذكره المؤلف. الثاني أن يصالح على أن يأخذ نصف الدار بنصف الثمن أو ثلث الدار بثلث الثمن فالصلح جائز لأنه أخذ بعوض معلوم بثمن معلوم. المسألة الثالثة أن يأخذ بعضها غير معلوم أو شيئاً معلوماً يبطل الصلح ولا تبطل شفعته لأن هذا لا يدل على الإعراض. وفي الجامع: صالح أجنبي أن يسلم الشفعة على مال بطلت الشفعة بلا مال، فإن قال المصالح على أن تكون الشفعة لي لم تبطل الشفعة لأنه لم يسقط حقه بل أقام الأجنبي مقام نفسه في طلب الشفعة. وفي ابن فرشته: ولو استأجر الشفيع الدار أو أخذها منه مزارعة أو معاملة مع علمه بالشراء بطلت شفعته اهـ. والله تعالى أعلم.

قال رحمه الله: **(وبموت الشفيع لا المشتري)** يعني بموت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري. وقال الإمام الشافعي: لا تبطل بموت الشفيع أيضاً لأنه حق معتبر كالقصاص وحق الرد بالعيب. ولنا أنه مجرد حق وهو حق التمليك وأنه مجرد رأي وهو الصفقة فلا يورث عنه بخلاف القصاص لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص، ولهذا جاز له أخذ العوض عنده وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه بخلاف الشفعة لأنه مجرد رأي ولهذا لا يجوز الاعتراض عنها، ولأن ملك الشفيع فيما يأخذ به الشفعة يشترط أن يكون باقياً من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالزائل بعد الأخذ، وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باقٍ ولم يتغير بسبب حقه وإنما حصل الانتقال إلى الوراث فصار كما إذا انتقل إلى غيره فيأخذها. قيد لنا قبل الأخذ قال في العناية: إذا مات بعد قضاء القاضي له بالشفعة أو سلم المشتري الدار له فهي لورثته يأخذونها ولا تباع الدار في دين المشتري لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري، فإن باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أنه ينقضه كما لو باعها المشتري في حياته، لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لأنه قضاء منه مخالف للإجماع اهـ. قال رحمه الله: **(وبيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة)** يعني تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الأخذ بالشفعة لأن سبب استحقاقه قد زال قبل القضاء بالشفعة، ولا فرق بين أن يكون علماً وقت بيع الدار بشراء المشفوعة أو لم يكن عالماً. وكذا إبراء الغريم لأن كل ذلك إسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق ألا ترى أنه لا يرتد برد المشتري، ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته، ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفعته لأنه بالإقدام على الشراء أعرض عن الشفعة، ولمن هو بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الأول وإن شاء بالثاني بخلاف ما إذا اشتراها ابتداء من

ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع أو ضمن الدرك عن البائع ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة فإن قيل للشفيع أنها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل

غير أن يثبت له فيها حق الأخذ لأن شراءها هناك لم يتضمن إعراضاً اهـ. قال رحمه الله: **(ولا شفعة لمن باع أو بيع له)** يعني بيع له بالوكالة والأصل فيه أن من باع أو بيع له فلا شفعة له، ومن اشترى أو اشتري له كان له الشفعة لأن الأخذ بالشفعة في الأول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو بالبيع لأن البيع تمليك والأخذ تملك وبينهما منافاة، وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره لأن الأخذ بالشفعة مثل الشراء، ولا فرق بين أن يكون ذلك صدر من الأصيل أو الوكيل حتى لا تكون له الشفعة في الأول ولا لموكله، وفي الثاني لهما ذلك، فلو باع المضارب أو العبد المأذون العقار ليس للمولى ولا لرب المال الأخذ بالشفعة، ولو اشترياها كان لرب المال الشفعة لما ذكرنا. وكذا للمولى إن كان على العبد دين، وإن لم يكن عليه دين فلا فائدة بالأخذ لأنه ملكه. والمخير للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف. وفائدة قوله أن المشتري لا تبطل شفعته إن شارك غيره من الشفعاء إن لم يتقدموا عليه، وإن تقدم هو على من هو بعده من الشفعاء فهي تسلم له عند ترك غيره من الشفعاء، والبائع ليس له أن يطلب المبيع بالشفعة في دار أخرى غيرها بلزقها لأنه لما باعها رغب عنها والأخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشتري. وفي التجريد: ومن باع دارهم وهو شفيعها فله الشفعة اهـ. والظاهر أنه ومن اشترى داراً ولا يخفى أن قوله «ولا شفعة لمن باع» متكرر مع قوله «وبيع ما يشفع» كما تقدم. قال رحمه الله: **(ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع)** فإن كان المشتري هو الذي فعل ذلك فأجاز فهو كالمشتري وقد بيناه. قال رحمه الله: **(أو ضمن الدرك عن البائع)** يعني إذا ضمن الشفيع الدرك عن البائع فلا شفعة له لأن تمام المبيع إنما كان من جهته فليس له أن ينقض ما تم من جهته وقد بيناه.

قال رحمه الله: **(ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة)** وقد بينا وجهه فيما تقدم. وفي فتاوى الفضلي: الوكيل بشراء الدار إذا قبض الدار وهي في يده يطلب الشفيع منه ويأخذها منه، فإن كان سلم الدار إلى الموكل يطلب من الموكل ويأخذ منه ولا يطلب من الشفيع. وفي جامع الفتاوى: اشترى الوكيل فحضر الشفيع يأخذها من الوكيل ولا يلتفت إلى حضرة الموكل ولو كان وكيلاً بالبيع فباع فحضر الشفيع يأخذها من الشفيع. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: الوكيل بالشراء لا يملك الأخذ اهـ. وفي الجامع: دار لها شفيعان قال المشتري لأحدهما اشتريت الدار لك فصدقه لا يبطل حقه وإن أقر بعد ذلك أنه لم يأمره لأنا تيقنا ثبوت الشفعة له بالشراء سواء اشترى المشتري الدار لنفسه أو اشتراها للمقر له بأمره لأن من اشترى أو اشتري له كان له الشفعة ولم يوجد منه ما يبطلها لأن تملكه الدار بالشراء طلب منه للشفعة وزيادة، ولأن من يطلب الشفعة يتملك الدار بالشفعة في الطلب الثاني فإذا ملكها

....

للحال قام ذلك منه مقام الطلب والزيادة. ولو قال المشتري هذه الدار كلها كانت لك ولم تكن لي ولا للبائع أو قال كنت اشتريتها قبل أو قال البائع وهبها لك فصدقه بطلت شفعته، ولو لم يصدقه على ذلك للشفيع الأخذ فله أن يأخذ كلها بالشفعة لأن الشراء قد صح من حيث الظاهر وجبت الشفعة للشفيعين بعد ما ثبت لهما من حيث الظاهر فبطل حق المصدق لتصديقه ولم يبطل حق المكذب لأنهما يصدقان عليه. وفي النوادر: ولو أقر الشفيع قبل القضاء له بالشفعة أن هذه الدار لفلان الغائب وأنه لم يأمره بالبيع وقال المشتري بل هو للبائع لم تبطل شفعته، وكذلك لو قال البائع وكلني صاحبها بالبيع وقال الشفيع لم يأمره صاحبها بالبيع فله الشفعة لأن قول الشفيع لا يصدق في حق المتبايعين فكان المبيع محكوماً بصحته في حقهما فجاز للشفيع أن يطالب بحقوقه، وكذلك لو ادعى هذه الدار رجل فشهد له هذا الشفيع فلم يعدل ثم باعها ذو اليد فللشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ ذكره ابن سماعة. ولو قال الشفيع هذه الدار لي فإن أقمت البينة وإلا أخذتها بالشفعة فلا شفعة لأنه ادعى ملكها والشفعة للتملك ويمتنع أن يملك ما هو على ملكه والشفعة حقه فلا يجوز أن يتملك بالعوض ما هو ملكه؛ ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف. وفي المسائل المتقدمة اعترف بكون الشيء على ملك غيره فجاز أن يتملكه بعوض؛ هذا إذا علم أنه وكيل بالشراء فقد قدمنا حكمه، وأما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله وأنكر الشفيع الوكالة فهو خصم. ولا فائدة في هذه الخصومة لأنا لو علمنا بالوكالة كان خصماً لأن حقوق العقد تتعلق به فكذا إذا لم تكن معلومة. ولو قال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع اشتريت لفلان وسلم ثم حضر الشفيع فلا خصومه بينه وبين المشتري لأن إقراره قبل الخصومة لفلان صحيح كما لو كانت الوكالة معلومة، ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لأنه صار خصماً للشفيع وهو بهذا الإقرار يريد إسقاط حقه فلا يملكه. ولو أقام بينة أنه قال قبل شرائه أنه وكيل فلان لم تقبل بينته لأنه يدفع بهذه البينة الخصومة عن نفسه، وروي عن محمد أنه تقبل بينته لدفع الخصومة حتى يحضر المقر له والوكيل بطلب الشفعة خصم لأن الأخذ بالشفعة يتضمن للشراء والخصومة والوكيل بهما جائز إلا عند أبي حنيفة لأنه لا يصح إلا برضا الخصم، وعندهما جائز بغير رضا الخصم. ولو طلب وكيل الشفيع فقال المشتري قد سلم الشفيع لا يقبل قوله، وكذلك لو أراد يمينه أنه لم يفرط في طلب الشفعة ولكن يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يتبع الموكل ويستحلفه وصار كالوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون الإبراء من الموكل فإنه يؤمر بدفع الدين للوكيل ثم يتبع الموكل ويستحلفه على ذلك، ولو سلم الوكيل الشفعة أو أقر بالتسليم عند القاضي جاز تسليمه لأن من ملك الأخذ بالشفعة ملك التسليم كما في الأب والوصي ولا يجوز عند غير القاضي عندهما. وقال أبو يوسف: يجوز بناء على أن الوكيل إذا أقر على موكله بالتسليم في غير مجلس الحاكم يقبل لما يأتي في الوكالة للدار شفيعان فوكلا رجلاً فقال سلمت شفعة

أو ببرأ وشعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا

أحدهما ولم يبين أيهما هو وقال أطلب الآخر ليس له ذلك حتى يبين لأن القاضي يحتاج إلى أن يقضي بالشفعة لأحدهما وبالتسليم على الآخر ولا يمكنه ذلك إلا بعد البيان. وكل الشفيع المشتري فأخذها لم يصح لأن الأخذ بالشفعة شراء والواحد لا يصلح وكيلاً بالشراء من الجانبين، وكذلك لو وكل البائع استحساناً لأنه يصير أخذاً من نفسه فيؤدي إلى التضاد في الحقوق إن كان المبيع في يده، وبعد التسليم يصير ساعياً في نقض ما قد تم من جهته لأنه بأخذه ينفسخ العقد بينه وبين المشتري ولا يجوز لأحد المتعاقدين السعي في نقض ما تم به. وكله بأن يأخذ الشفعة بكذا وكان المشتري اشترى بأكثر لا يأخذ لأن الوكيل بالشفعة وكيل بالشراء والوكيل بالشراء لا يملك الشراء بأكثر مما بين له الموكل من الثمن، وكذلك لو قال اشترها من فلان فاشتراها من غيره لا ينفذ لأنه خالف فخاصمه في أخرى ليس له ذلك إلا إذا عمم في التوكيل لأن الوكيل بشراء دار بعينها لا يملك شراء دار أخرى. لو طلب المشتري من الوكيل بطلب الشفعة أن يكف عنه مدة على أنه على خصومته وشفعته جاز لأن الشفيع لو أخر وأمهل المشتري بعد الإشهاد بدون طلبه جاز فكذلك بطلب وكيله، ولا تبطل الشفعة بموت الوكيل وتبطل بموت الموكل ولحاقه بدار الحرب مرتداً لأن الحق ثابت للموكل لا للوكيل. وفي المنتقى: ولو وكل رجلاً بطلب كل حق له وبالخصومة والقبض ليس له أن يطلب شفعته لأن الشفعة شراء والوكيل بالخصومة لا يملك الشراء وله أن يقبض شفعة قد قضى بها.

قال رحمه الله: **(فإن قيل للشفيع أنها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو ببرأ وشعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة)** لأن تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهراً فإذا تبين له خلاف ذلك كان له الأخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير أن الثمن غيره لأن الرغبة في الأخذ تختلف باختلاف الثمن قدراً وجنساً، فإذا سلم على بعض الوجوه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها، وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متفاوت بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعروض قيمتها ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير يظهر فيه التيسير فلا يكون له الأخذ، وكذا لو أخبر أن الثمن عروض كالثياب والعبيد فظهر أنه مكيل أو موزون أو أخبر أن الثمن مكيل أو موزون فظهر من خلاف جنسه من المكيل والموزون فهو على شفعته لما ذكرنا، وإن ظهر أنه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه أو ظهر أنه ذهب أو فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لأن في غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت. قال صاحب النهاية: تقييده بقوله قيمته ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمته أقل من ألف فتسلمه باطل لإطلاق المبسوط والإيضاح حيث قالا: ثم ظهر له مكيل أو موزون فهو على شفعته. وأجيب بأنه مفيد لأنه

شفعة له وإن قيل له أن المشتري فلان فسلم ثم ظهر أنه غيره فله الشفعة وإن باعها إلا

إذا علم أن الشفعة لا تبطل إذا ظهر أنه أكثر علم بطريق الأولى أنها لا تبطل إذا ظهر أنه أقل. وفي المحيط: ولو بلغه أن الثمن عبد فظهر أنه جارية ينظر إن كان قيمة الجارية كقيمة العبد أو أكثر بطلت، وإن كان أقل من قيمة العبد لا تبطل فهو كما لو أخبر بالثمن ألف وظهر أقل. ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم فإذا هو مائة دينار لم يذكره في الأصل أيضاً. وذكر الكرخي ينظر؛ إن كان قيمة الدنانير ألف درهم أو أكثر صح التسليم وهو قول شيخ الإسلام؛ كذا في التجريد. وروي عن زفر له في الوجهين الشفعة وهو قول الإمام. ولو أخبر أنه باع نصفها فسلم ثم علم أنه باع كلها فله الشفعة لأن من رغب عن البعض لعيب الشركة لا يكون راغباً عن الكل وليس فيه عيب، ولو أخبر أنه باع الكل فسلم ثم علم أنه باع نصفها بطلت شفعته لأن من رغب عنها وليس بها عيب الشركة كان راغباً عنها وبها عيب الشركة بالطريق الأولى. قالوا: وتأويلها أن يكون ثمن النصف ثمن الكل فلو أخبر أنه باع الكل بألف ثم علم أنه باع النصف بخمسمائة فإنه يجب أن يكون على شفعته لأنه إذا رغب في الأول لعجزه عن الألف فلا يكون راغباً عن الخمسمائة، ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم الشفيع الشفعة ثم حط البائع عن المشتري شيئاً من الثمن وقبل الحط فله الشفعة لأنه يلتحق بأصل العقد فصار كما لو أخبر أنها بيعت بألف فظهر أنها بيعت بأقل منه، ولو زاد البائع مشتري الدار عليها عبداً أو أمة بعد ما سلم الشفيع الشفعة كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن لأنه تبين أن حصة الدار من الثمن أقل، ولو قضى القاضي له بالشفعة ولم يعلم بالثمن ثم علم فله الخيار لأن رضاه بالأخذ إنما يتم إذا علم بالثمن ا هـ. وفي التجريد وغيره: أخبر أن الثمن عبد أو جارية فظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته ا هـ. قال رحمه الله: **(ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له)** وهو قول أبي يوسف. وقد بينا المسألة بفروعها فيما تقدم. وفي المحيط: سلم الشفيع الشفعة فقال المشتري للبائع كان تلجئة لا يتجدد شفعته لأنه بعد ما سلم لم يبق له حق فصح إقرارهما بأن البيع تلجئة فكان فاسداً، ولو ثبت معاينة أن البيع تلجئة لا يتجدد للشفيع حق الشفعة بخلاف ما لو كان قبل التسلم لأن حق الشفيع ثبت من حيث الظاهر فإقرارهما يتضمن إبطال حقه فلا يقبل تسلم الشفيع في هبة بعوض فظهر أنه بيع لم تعد الشفعة، ولو سلم في هبة بغير شرط العوض ثم تصادقا أنه كان بشرط العوض فله الشفعة. وفي النوادر: ولو سلم الشفعة ثم جعل المشتري للبائع خيار يوم جاز فإن نقض البائع البيع في ذلك اليوم لا يتجدد للشفيع حق الشفعة؛ رواه ابن سماعة عن محمد، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن له الشفعة ا هـ.

قال رحمه الله: **(وإن قيل له أن المشتري فلان فسلم ثم ظهر أنه غيره فله الشفعة)** لتفاوت الناس في الأخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته، ومنهم من يجتنب مخافة شره

ذراعاً في جانب الشفيع فلا شفعة له وإن ابتاع منهما سهماً بثمن ثم ابتاع بقيمتها فالشفعة للجار في السهم الأول فقط وإن ابتاعها بثمن ثم دفع ثوباً عنه فالشفعة بالثمن

فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليماً في حق غيره، ولو علم أن المشتري هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه. قال محمد في الجامع الصغير: ولو قال الشفيع سلمت الشفعة في هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط، وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط الحق كالطلاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده. قال صاحب العناية بعد ما نقل كلام محمد هذا: وهذا كما ترى يناقض قوله ولا يتعلق إسقاطه بالشرط الجائز فبالفاسد أولى اهـ. وقد يجاب بأنه فرق بين شرط وشرط، فما سبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقاً، وما ذكر هنا من الشروط التي لا تدل على الإعراض ولا على الرضا فتأمل. قال رحمه الله: **(وإن باعها إلا ذراعاً في جانب الشفيع فلا شفعة له)** يعني إذا باع الدار إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لأن الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع، وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الاتصال وهو حيلة. وفي التتارخانية: الحيلة في هذا الباب نوعان: نوع لإسقاطه بعد الوجوب وذلك بأن يقول للشفيع أنا أبيعها منك فقال الشفيع نعم فتبطل شفعته وهو مكروه بالإجماع؛ كذا ذكره شيخ الإسلام. وذكره شمس الأئمة أنه لا يكره إذا لم يقصد المشتري الإضرار بالشفيع وفي الينابيع: قيل الاختلاف قبل المبيع، أما بعده فمكروه بالإجماع وهو الأصح. وفي العتابية: ونوع منه يمنع وجوبه وقد اختلف المشايخ قالوا على قول أبي يوسف وعلى قول محمد مكروه. وفي الذخيرة: ومنهم من قال في الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف. وفي الخلاصة: الحيلة لإبطال الشفعة إن كان قبل الوجوب لا بأس به، سواء كان الشفيع عدلاً أو فاسقاً فهو المختار. وفي فتاوى الفضلي عن أبي بكر بن سعيد فقال: الحيلة بعد المبيع مكروهة في الأحوال كلها، وقبل البيع إن كان الجار فاسقاً يتأذى به فلا يكره، وقيل يكره في جميع الأحوال اهـ. قال رحمه الله: **(وإن ابتاع منهما سهماً بثمن ثم ابتاع بقيمتها فالشفعة للجار في السهم الأول فقط)** لأن الشفيع جار في السهم الأول والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار، ولو أراد الحيلة يشتري السهم الأول بجميع الثمن إلا درهماً والسهم الثاني بدرهم فلا يرغب الجار في أخذه لكثرة الثمن، وكذا في المسألة الأولى ما يأتي مثل هذه الحيلة بأن يبيع ما يلي الجار بجميع الثمن إلا درهماً ثم يشتري الباقي بدرهم، فإن أخذه بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقي بدرهم، فإن أخذه بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقي لأنه ليس بجار فأيهما خاف أن لا يوفي صاحبه شرط الخيار لنفسه، وإن خافا شرط كل منهما

لا بالثوب ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة وأخذ حظ البعض بتعدد المشتري

الخيار لنفسه ثم يخيران معاً، وإن خاف كل منهما إذا أجاز لا يجيز صاحبه وكل منهما وكيلا ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه. وفي الفتاوى: ومن جملة ذلك أن يتصدق بطبقة معينة على المشتري من الدار بطريقها ويسلمها إليه ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار شفعه. وفي الخانية: أو المشتري يتصدق بمثل الثمن على البائع وهي والهبة سواء إلا أن في الهبة من الأجنبي يملك الرجوع، وفي الصدقة لا يملك الرجوع. ومنها أن يهب جزءاً شائعاً ثم يترافعا إلى حاكم يرى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فيحكم بجواز الهبة ثم يبيع بقية الدار منه فيكون الموهوب له مقدماً على الجار، ومن جملة ذلك أن يهب قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار ا هـ.

قال رحمه الله: **(وإن ابتاعها بثمن ثم دفع ثوباً عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب)** لأن الثوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون البائع مشترياً للثوب بعقد آخر غير العقد الأول، وهذه الحيلة تمنع الجار والشريك لأنه يبتاع العقار بأضعاف قيمته ويعطيه بها ثوباً قدر قيمة العقار غير أنه يخاف أن يتضرر البائع بذلك لأنه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع وبراءته حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار، فإذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار فبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله. والحيلة فيه أن يدفع إليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمته العقار فيكون صرفاً بما في ذمته من الدارهم، ثم إذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير، والحيلة الأولى تختص بالجوار وهذه لا. وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار لا قدر قيمة الدنانير مثلاً ثم يعطيه الدنانير بالباقي فيصير صرفاً فيه، فإذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدنانير على أنه بدل عن العقار المستحق والدنيا لبطلان الصرف، وإن كان الشفيع خليطاً في نفس المبيع فأراد أن يبيعها من أحدهم وتسقط الشفعة من الباقين فالحيلة فيه أن يجعل الثمن مجهولاً. والصبي والمجنون بمنزلة البالغ في هذه المسألة بعد أن يكون مثل القيمة أو بنقصان يتغابن فيه وهذه حيلة عامة. وذكر الخصاف حيلة لم يذكرها محمد وهو أن يدعي أن الدار لابن صغير له في يد هذ ثم إن المدعي يدعي له مائة دينار ولا يقول إنها من ما ابنه الصغير على أنه يسلم الذي في الدار فيجوز ولا شفعة فيها لأن الأب لم يأخذ الدار بطريق المعاوضة، ومن جملة الحيل أن يقر البائع بجزء معلوم من الدار للمشتري ثم يبيع الباقي منه. ومن الحيل أن يوكل المشتري وكيلاً بالشراء فيشتري الوكيل ويغيب ولا يكون الموكل خصماً للشفيع فهذا على قول محمد، وعلى قول أبي يوسف يكون خصماً له ا هـ. قال رحمه الله: **(ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة)** هذا عند أبي يوسف، وعند محمد يكره لأن الشفعة وجبت لدفع

لا بتعدد البائع وإن اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقيمته

الضرر وهو واجب وإلحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة، ولأبي يوسف أنه يحتاج لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وإن كان غيره يتضرر بذلك، وقد قدمنا هذه المسألة بفروعها. قال في النهاية: قيل هذا الاختلاف بينهم قبل الوجوب. وأما بعده فمكروه بالإجماع. ولقائل أن يقول: إما أن يراد بالإجماع والاختلاف إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسألة أو يراد إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية أيما كان لا يخلو عن اضطراب لأن الاختلاف بين المجتهدين مقرور بين المشايخ أيضاً مقرر. قال رحمه الله: (**وأخذ حظ البعض بتعدد المشتري لا بتعدد البائع**) يعني أن المشتري إذا تعدد بأن اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي، وإن تعدد البائع بأن باع جماعة عقاراً مشتركاً بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض. والفرق أن الشفيع في الوجه الثاني لو أخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر بعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر المشتري ضرراً زائداً على الأخذ بالشفعة، وفي الأول لا تتفرق الصفقة على أحد، ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح إلا أن الشفيع إذا اختار أخذ الجميع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع لئلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لأنه كواحد منهم، وكما إذا كان المشتري واحداً فنقد البعض من الثمن، وسواء سمى لكل ثمناً أو سمى الكل جملة لأن العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه، والعبرة في التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك حتى لو وكل أحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقاراً واحداً بصفقة واحدة يتعدد وأخذه يتعدد وكان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، ولو وكل جماعة واحد ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو أصل فيه فيتحدد باتحاده ويتعدد بتعدده. قيدنا بقولنا لا فرق بين أن يكون الأخذ قبل القبض أو بعده في الصحيح وروى الحسن عن الإمام أنه فصل فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لأنه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه وبعده لا يتضرر لأنه لم يبق له يد. وجوابه أن له أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه، وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعها واحد فأراد أن يأخذ أحدهما دون الآخر فليس له ذلك. وفي فتاوى العتابية: ولو كانا متلاصقين وشفيع أحدهما خاصة ولو كانا أرضين أو قرية أو أرضها أو قريتين وأرضهما وهو شفيع ذلك كله فإنما له أن يأخذ جميع ذلك كله فإنما له أن يأخذ جميع ذلك أو يدعه سواء كانا متلاصقين أو في مصرين أو قريتين

وللعبد المأذون الأخذ بالشفعة من سيده كعكسه وصح تسليمهم الشفعة من الأب

بعد أن يكون ذلك صفقة. وذكر شيخ الإسلام في شرحه أن له أن يأخذ الدار الذي هو شفيعها في ظاهر الرواية. ولو اشترى الدار بمتاع فيها صفقة واحدة فالشفيع يأخذ الدار مع المتاع أو يدع الكل. وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه كان أبو حنيفة يقول أولاً هذا ثم رجع وقال يأخذ واحد منهما ثم رجع وقال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة. وفي الفتاوى العتابية: ولو اشترى دارين ورفع الحائط من الدار الأخرى وجعلهما داراً واحدة أخذ الشفيع كلها وإن كان ذلك الباب بحاله لأنه دار لها بابان، ولو فتح باب البيت التي اشتراها إلى داره وسد الباب الأول وصار معروفاً بهذا البيت معها أخذها بالشفعة.

قال رحمه الله: **(وإن اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقيمته)** يعني لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع يأخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بقيمته وليس له أن ينقض القسمة، سواء كانت بقضاء أو تراض، لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع، ولهذا لو باع أو أجر يطيب له الثمن والأجرة وليس للشفيع فيه ملك وإنما له حق الأخذ بالشفعة وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير أنه ينقض تصرفاً يبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فيبقى على الأصل في حق البيع الأول وفي حق ماله حكمه وهو القبض بجهته، فظاهر عبارة الشارح أنه يأخذه سواء وقع في جانب الدار المشفوع بها أو لا. وفي التجريد عن الأمام أن الشفيع إنما يأخذ النصيب الذي أصاب المشتري إذا وقع في جانب الدار المشفوع بها. وفي واقعات الناطفي أن القسمة إذا كانت بحكم ففي نقض القسمة روايتان. قال الصدر الشهيد في واقعاته والمختار لا نقض بخلاف ما إذا أخذ أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته وفي التجريد: رجلان اشتريا داراً وهما شفيعان ولهما شفيع ثالث اقتسماها ثم جاء الثالث فله أن ينقض القسمة، سواء اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء اهـ. وأما إذا لم يكن للشفيع نقض القسمة في مسألة الكتاب فيأخذ نصيب المشتري في أي جانب كان لأنه استحقه بالشراء والمشتري لا يقدر على إبطاله فيأخذه وهو قول أبي يوسف، وإطلاق الكتاب يدل عليه. وقدمنا قول الإمام وإطلاق الماتن صادق على ما إذا قاسم البائع أو غيره وليس كذلك، فلو زاد أو قاسم البائع لسلم من الاعتراض اهـ. قال رحمه الله: **(وللعبد المأذون الأخذ بالشفعة من سيده كعكسه)** يعني إذا باع رجل داراً وللبائع عبد مأذون له في التجارة وعليه دين يحيط برقبته وماله فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة، وكذا عكسه وهو ما إذا كان العبد المأذون هو البائع فلمولاه الأخذ بالشفعة

والوصي والوكيل والوكيل.

لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين لأنه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد عبده المديون أو لكون العبد أحق به بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين والعبد بائع لأنه بيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له بخلاف ما إذا اشترى لأنه ابتيع له، وقد بينا أن من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته، ولو قيد بالمديون لكان أولى.

قال رحمه الله: **(وصح تسليمهم الشفعة من الأب والوصي والوكيل)** يعني أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهما في سببه فيقوم بالطلب والأخذ والتسلم من يقوم مقامهما وهو الأب ثم وصيه ثم أب الأب ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد فهو على شفعته حتى يدرك، وهذا قول الأمام وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: هو على شفعته إذا بلغ. وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الأب والوصي عند العلم بالشراء؛ للإمام محمد وزفر أن هذا إبطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن القود وإعتاق عبده وإبراء عن يمينه، ولأن تصرفهما نظري والنظر في الأخذ يتعين ألا ترى أنه شرع لدفع الضرر فكان في إبطاله إلحاق الضرر به فلا يملك. ولهما أن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة بل هو عينها ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال وترك الأخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة يوضحه أنه لو أخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذا إذا سلمه إليه بل أولى لأنه إذا أخذه ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز كانت العهدة على الصبي، وفي الأول على البائع أو المشتري ولأن هذا تصرف دائر بين النفع والضرر فيحتمل أن يكون الترك أنفع بايفاء الثمن على ملك الصبي بخلاف العفو عن القود وما ذكر معه لأنه ضرر محض غير متردد، ولأنه إبطال بغير عوض. هذا إذا بيعت بمثل قيمتها، وإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله؛ قيل جاز التسليم بالإجماع لأن النظر متعين فيه، وقيل لا يجوز التسليم بالإجماع وهو الأصح لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي، وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعند الإمام لا يصح تسليم الأب والوصي ولا رواية عن أبي يوسف. قال في النهاية: ولما لم يصح التسليم على قول الإمام لا يصح على قول محمد وزفر بالأولى، ولو كان المشتري هو الأب لنفسه كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير، وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له أن يأخذ بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش فكذا في الأخذ، والوصي كالأب في هذا إلا أنه يشترط في حقه أن يكون فيه نفع بالصغير ظاهر حتى إذا كان بمثل القيمة لا يجوز. وكذا إذا باع من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون أكثر، وفي الأب يجوز إذا كان بمثل القيمة فيهما. ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت وأخذت بالشفعة

....

متصلاً، ولو باع كل وحد منهما مال الصغير أو مال نفسه ليس له أن يأخذ بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكرنا أن من باع أو بيع له الخ. وإن كان في الشراء غبن فاحش كان للصغير أن يطلب الشفعة. إذا بلغ. وفي الأصل: الحمل فإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء فإنه لا شفعة لها إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع ورث الحمل عنه حينئذ يستحق الشفعة وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً وفي السغناقي: وإذا كانت الشفعة لكبير وصغير وحمل وقد ثبت نسبه من الميت شركهم في الشفعة وإن جاءت لأكثر من ستة أشهر ا هـ. وفي التتمة: وإذا بيعت بأقل من قيمتها فتسليم الأب والوصي لا يصح والصغير على شفعته إذا بلغ. وفي الأصل: إذا اشترى الأب لنفسه داراً وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الشفيع للصغير حتى بلغ؛ قياس قول أبي حنيفة لا شفعة للصغير، أما الوصي فهو على شفعته ويجب «أن يكون الجواب في شراء الأب داراً وابنه الصغير شفيعها على التفصيل إن لم يكن فيه ضرر فلو وقع بأكثر من القيمة بما يتغابن الناس فيه لا يكون للصغير شفعة إذا بلغ، وإن وقع شراء الأب بأكثر من القيمة بما لا يتغابن الناس فيه كان للصغير الشفعة إذا بلغ ا هـ. قال رحمه الله: **(والوكيل)** بالجر عطفاً على الأب يعني الوكيل بالشراء تسليم الشفعة منه صحيح والمراد بالوكيل ههنا الوكيل بطلب الشفعة. وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالإجماع، وكذا سكوته إعراض بالإجماع. والوكيل بطلب الشفعة إنما يصح تسليمه في مجلس القاضي عند الإمام وعند أبي يوسف يصح في مجلس القاضي وغيره، وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه أصلاً لأنه أتى بضد ماأمر به فصار كما لو وكله باستيفاء الدين فأبرأه منه. ولهما أنه توكيل بالشراء له لأن الأخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن يشتري فله أن يترك الشفعة غير أن أبا يوسف يقول هو وكيل مطلق فينفذ تصرفه مطقاً، والإمام يقول الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة في غير مجلس القاضي فلا يكون وكيلاً في غير مجلس الحاكم. ولو أقر الوكيل بطلب الشفعة على موكله بأن سلم الشفعة جاز إقراره عليه عند الإمام ومحمد إذا كان في مجلس القاضي، وإن كان في غيره فلا يجوز إلا أنه يخرج من الخصومة ا هـ. وقال أبو يوسف: يجوز مطلقاً. وقال زفر: لا يجوز مطلقاً وقد قدمنا بعض هذه والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب القسمة

هي جمع نصيب شائع في معين وتشتمل على الإفراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ ويجبر في متحد الجنس عند

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلاً منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة فأخذ الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة، ومع عدم البقاء باع فوجب عنده الشفعة. وعدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل. وهنا يحتاج إلى معرفة شرعية القسمة وتفسيرها وركنها وشرطها وحكمها وسببها ودليلها. أما دليل المشروعية فهو قوله تعالى ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر: ٢٨] وقوله تعالى ﴿هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء: ١٥٥] ومن السنة ما روي أنه عليه الصلاة والسلام فتح خيبر وقسمها بين الغانمين وعليه إجماع الأمة. وأما تفسيرها لغة فهو عبارة عن الاقتسام كالقدرة للاقتدار والأسوة للأتساء. وأما شرعاً فسيذكرها المؤلف. وأما ركنها فالفعل الذي يقع به الإقرار. وأما شرطها فمتاع لا تتبدل منفعته بالقسمة ولا يفوت. وأما حكمها فتعين نصيب كل واحد منهما من نصيب الآخر ملكاً وانتفاعاً. وسببها طلب كل واحد من الشريكين الانتفاع بنصيبة على الخصوص. وأما محاسنها أن أحد الشريكين يحصل له من صاحبه سوء الخلق وضيق الفطن وقوة الرأس وليس له مخرج من هذه الأمور إلا الركون إلى الاقتسام. وأما صفتها فهي واجبة على الحاكم عند طلب بعض الشركاء. قال رحمه الله: **(هي جمع نصيب شائع في معين)** هذا معناه شرعاً لأن ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يقبضه كل واحد منهما نصفه ملكه ونصفه ملك صاحبه، فإذا وقعت القسمة صار حصة صاحبه فميا وقع في نصيبه عوضاً عما فاته في نصيب صاحبه. قال رحمه الله: **(وتشتمل على الإفراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ)** يعني القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة، والتمييز هو الظاهر من

طلب أحد الشركاء لا في غيره وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر

ذوات الأمثال حتى كان لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، والمبادلة هي الظاهر في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه وإن كان معنى الإفراز ظاهراً في المثلي لأن ما يأخذ كل واحد منهما مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يجعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لأنه لو كان مبادلة لما صح في القرض قبض للافتراق قبل أحد العوضين ولا في الصرف والسلم لحرمة الاستبدال فيهما. قال في النهاية: فإن قلت ليس أن محمداً ذكر كتاب القسمة إذا كان وصي الذمي مسلماً وفي التركة خمور أنه يكره قسمتهما، ولو كان الرجحان في هذه القسمة للإفراز ينبغي أن يجوز من غير كراهة فإن الذمي إذا وكل مسلماً أن يقبض خمراً له جاز قبضها من غير كراهة. قلت: ذكر شمس الأئمة الحلواني إذا كان في التركة خمور لا يكره للوصي المسلم قسمتها لأن هذا إفراز محض ليس فيه شبهة المبادلة وإنما تكره القسمة إذا كان مع الخمر الخنازير لأن القسمة حينئذ تكون مبادلة، وغيره من المشايخ قالوا: لا بل يكره قسمة الخمور وحدها لأن العمل بالشبهين في قسمة الخمور وحدها يمكن إثبات الكراهة، ومعنى الكراهة هنا هو ما بين الحلال المطلق والحرام المحض، وإنما كان معنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين. ولو اشترى داراً فاقتسماها لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة، ولك أن تقول إن القسمة لا تعرى عن معنى الإفراز والمبادلة في جميع الصور سواء كانت في ذوات الأمثال أو في غيره لأنها بالنظر إلى البعض إفراز بالنظر إلى البعض الآخر مبادلة، وإذا كان كذلك فغاية الأمر أن البعض الذي يأخذه كل منهما عوض مما في يد صاحبه وليس بمثل له بيقين فلم يتحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض فلا يلزم فيه أن لا يتحقق الإفراز فيه إلى البعض الآخر وهو كونه بعض حقه في الجملة فثبتت المساواة بين المبادلة والافراز غير أن الظهور للمبادلة.

قال رحمه الله: **(ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره)** يعني إذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس، سواء كان من ذوات الأمثال أو لا، ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الإبل لما بينا من المعنى. وفي غاية البيان قال في الفتاوى الصغرى: القسمة ثلاثة أنواع: قسمة لا يجبر الآبي عليها كقسمة الأجناس المختلفة، وقسمة يجبر عليها الآبي كقسمة ذوات الأمثال كالمكيل والموزون، وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم. والخيارات ثلاثة: خيار شرط، وخيار رؤية، وخيار عيب. ففي قسمة الأجناس المختلفة تثبت الخيارات الثلاث، وفي قسمة ذوات الأمثال كالمكيل يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية، فخيار الرؤية والعيب يثبتان من غر شرط بخلاف خيار الشرط. وفي قسمة الثياب من نوع واحد والبقر

وإلا نصب قاسماً يقسم بأجرة بعد الرؤوس ويجب أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة

والغنم يثبت خيار العيب. وهل يثبت خيار الرؤية؟ على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى، ويثبت فيه خيار العيب من غير خلاف اهـ. وفي الذخيرة: القاضي لا يقسم الأجناس المختلفة قسمة جمع إذا أبى بعض الشركاء بأن كان بينهم إبل وغنم وطلب أحدهم من القاضي أن يجمع نصيبه في الإبل والبقر والغنم فالقاضي لا يقسم على هذا الوجه، وفي الجنس المتحد يقسم قسمة جمع عند طلب البعض بأن كان بينهم غنم كثيرة أو إبل كثيرة وطلب أحدهم من القاضي أن يجمع نصيبه في طائفة منها فعل القاضي ذلك اهـ. وفي النهاية: اعترض على قوله يجبر بأن المبادلة معتبرة فيها فكيف يجبر؟ وأجيب بأنه يجبر لدفع الضرر عن غيره كالغريم يحبس حتى يباع ماله لبعض الدين ولهذا لا يثبت حكم الغرور فيها حتى لو أخذ أحدهما الدار وبنى في نصيبه فاستحق الدار التي بنى فيها لا يرجع على صاحبه بقيمة بنائه إذا نقض اهـ. وظاهر العبارة صادق بطلب صاحب القليل والكثير وسيأتي تقييده. قال رحمه الله: **(وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر)** يعني يستحب نصب قاسم ورزقه في بيت المال لأن القسمة من جنس القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي، ولأن منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاء والمقاتل والمفتي فتكون كفايته في بيت المال لأنه أعد لمصالحهم كمنفعة هؤلاء. وفي العتابية وغيرها: وينصب القاضي قاسماً ويجوز للقاضي أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرة، وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وإنما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة إلا أن لها شبهاً بالقضاء لأنها تستفاد منه اهـ. قال رحمه الله: **(وإلا نصب قاسماً يقسم بأجرة بعد الرؤوس)** يعني إن لم ينصب قاسماً رزقه في بيت المال نصبه وجعل رزقه على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الأجرة على القسمة وإن كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم عليهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي أجرة مثله كي لا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة، والأفضل أن رزقه من بيت المال لأنه أرفق وأبعد من التهمة. وقوله «بعدد الرؤوس» يعني يجب عليهم الأجرة على عدد الرؤوس ولا يتفاوت بتفاوت الأنصباء، وهذا عند الإمام كما سيجيء بيانه عن قريب. قال رحمه الله: **(ويجب أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة)** لأنه من جنس عمل القضاء لأنه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بما ذكرنا. قال تاج الشريعة: ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمه لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة، ورد بهذا ما به يلزم من ظهور العدالة ظهور الأمانة، ورد عليه بأن المذكور العدالة لا ظهورها فاستلزم ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضي استدراك ذكر الإمانة. **فإن قلت:** لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد الأمانة

ولا يتعين قاسم واحد ولا يشترك القسام ولا يقسم العقار بين الورثة بإقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة ويقسم في المنقول والعقار المشتري ودعوى الملك ولو

حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية قلت: ظهور العدالة من لفظ العدالة غير ظاهر لا يفهم من لفظها وحده بدون القرينة، وإرادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة لا غنى عن ذكر الأمانة. قال رحمه الله: **(ولا يتعين قاسم واحد)** لأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجرة مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم على أن يستأجروه، ولأن القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما، ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا أنه فيها معنى المبادلة إلا إذا كان فيهم صغير لأن تصرفهم عليه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه. قال رحمه الله: **(ولا يشترك القسام)** يعني يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لأن الأجرة تصير بذلك غالية لأنهم إذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الاشتراك يتبادرون إليها خشية الفوات فيرخص الأجر بسبب ذلك. والأجرة على عدد الرؤوس على قول الإمام. وقالا: على قدر الانصباء لأنها مؤنة الملك فتتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحافر البئر وحمل الطعام وغسل الثوب المشترك، وكبناء الدار والجدار لأن المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهما إلى الانتفاع بنصيبه ومنفعة صاحب الكثير أكثر فكانت مؤنة القسمة عليه أكثر. وللإمام أن الأجرة بمقابلة التمييز وأنه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر باعتبار المكسور فيتعذر اعتباره ألا ترى أنه لا يتصور تمييز القليل من الكثير إلا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم بأصل التمييز لأن عمل الإفراز واقع لهم جملة بخلاف ما ذكراه لأن الأجرة مقابلة بالعمل وهو يتفاوت فتتفاوت الأجرة بتفاوته. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الأجرة على الطالب للقسمة لأنه هو المنتفع بالقسمة دون الآخر ا هـ.

قال رحمه الله: **(ولا يقسم العقار بين الورثة بإقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة)** وهذا عند الإمام. وقالا: يقسم باعترافهم لأن اليد دليل الملك والإقرار دليل الصدق فصار كالمنقول والعقار المشتري، وهذا لأنه لا منكر لهم ولا بينة إلا على المنكر فلا تفيد البينة بلا إنكار لكنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمة باعترافهم ليقتصر عليه ولا يتعداه حتى لا تعتق أمهات أولاده ومدبره لعدم ثبوت موته بخلاف ما إذا كانت القسمة بالبينة. وللإمام أنها قضاء على الميت لأن التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ينفذ فيها وصاياه بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كان قضاء على الميت فلا بد من البينة وقد يمكن بأن يجعل أحدهم خصماً عن الميت وغيره عن أنفسهم، وأورد بأنه لا أولوية لأحدهم أن يكون مدعياً والآخر أن يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول ولا قضاء مع الجهالة. وأجيب بأن للقاضي ولاية التعين تحصيلاً لمقصوده فترتفع الجهالة بتعينه ولأن الوارث نائب عنه وإقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة

برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أوصى قسم ونصب وكيل أو وصي

ألا ترى أنه لو ادعى إنسان على الميت ديناً فأقر به الوارث فأقام المدعي البينة تقبل لأنها تثبت الدين على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك إذا كان ثبوته بإقرار الوارث فإنه لا يثبت إلا في حصته خاصة وكذلك الجواب. ولو قال مكان الوارث وصي بخلاف المنقول لأن في قسمته نظراً لأنه يخشى عليه التلف وبخلاف العقار المشتري لأن البيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة قضاء عن الغير. قال رحمه الله: **(ويقسم في المنقول والعقار المشتري ودعوى الملك)** يعني يقسم في الموروث المنقول والعقار المشتري وفيما إذا ادعو الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم قسم بقولهما من غير إقامة بينة، أما في المنقول والعقار المشتري فلما بينا من المعنى والعرف، وأما إذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية الانتقال إليهم فلأنه ليس في القسمة قضاء على الغير فإنهم لم يقروا بالملك لغيرهم ويكون مقتصراً عليهم فيجوز. ثم قيل هذا قول الإمام، وقيل قول الكل وهو الأصح، ولفظ الجامع الصغير يفيد أنه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لاحتمال أن يكون الملك في يد غيرهم ا هـ. قال رحمه الله: **(ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما)** يعني لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا وطلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة بأن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما، وهذه عبارة الجامع الصغير، وما تقدم رواية القدوري، وكلاهما في دعوى الملك المطلق ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر. قال رحمه الله تعالى: **(ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أوصى قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه)** يعني يقبض الوكيل نصيب الغائب والوصي نصيب الصغير لأن في نصبه نظراً للصغير والغائب إن حضر ولا بد من إقامة البينة عند الإمام لما بينا لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير. وعندهما يقسم بقوله لما ذكرنا، ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فإن الصغير والغائب على حجته. قال في العناية: قولهم في أيديهم وقع سهو من الكتاب والصحيح وأيديهما لأنه لو كان في أيديهم لكان في الغائب والصغير وسيأتي أنه لا يقسم. وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد به المثنى. وفي الخانية: هذا إذا كان العقار كله في يد الحاضرين، فإن كانت الدار كلها أو شيئاً منهما في يد الغائب أو الصغير وطلب هؤلاء من القاضي القسمة فإنه لا يقسم حتى يحضرا أو يقيما البينة على الموت. وفي الجامع: إنه لا يقسمه ولو أقاما البينة ما لم يحضرا ا هـ. وأفاد بقوله «قسم» أن القاضي فعل ذلك. قال في المحيط: فلو قسما بغير قضاء لم تجز القسمة إلا أن يحضر فيجيز أو يبلغ فيجيز، فإن مات الغائب أو الصغير فأجاز ورثته جاز عند الإمام. وقال محمد: لا يجوز لأنه مات من له الإجازة فبطلت. وللإمام أنا لو أبطلنا القسمة بالموت احتجنا

يقبض نصيبه ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم وقسم القاضي بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه وإن

إلى إعادة مثلها فإجازتها أولى ا هـ. وفيه أيضاً: ولو قسموا بأمر صاحب الشرطة لم يجز لأن القسمة لم تفوض إليه لأنه فوض إليه أمر الجنايات ا هـ.

قال رحمه الله: **(ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم)** يعني لا يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم؛ أما في الشراء فلأن الملك الثابت ملك جديد بسبب مباشرة ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فلا يصلح الحاضر أن يكون خصماً على الغائب بخلاف الإرث لأن الملك الثابت فيه ملك خلافه حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يد والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين فيصح القضاء بقيام البينة على خصمه. وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل. وأما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن القسمة قضاء على الغائب بإخراج الشيء من يده من غير خصم عنه فلا يجوز، وكذا إذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر، وكذا إذا كان في يد مودعه أو مستعيره أو في يد الصغير لأن المودع والصغير ليسا بخصم، ولا فرق في هذا بين إقامة البينة وعدمها في الصحيح ا هـ. فإن قلت: التعليل في قولهم إذا كان شيء منه في يد الصغير أو الغائب يكون قضاء بإخراجه من يده لك أن تقول هذا يستقيم إذا كان كله أو كان البعض الذي في يد الصغير أو الغائب زائداً على قدر حصته ما إذا كان قدر حصته من الدار أو أقل فلا يظهر أن فيه قضاء على الصغير والغائب بإخراج شيء مما كان في يده بل يلزم إبقاء ما كان في يده صورة التساوي وزيادة شيء عليه فيما كان في يد الحاضرين في صورة النقصان ا هـ. وأما إذا حضر وارث واحد فلأنه لا يصلح أن يكون مخاصماً ومخاصماً فلا يصلح أن يكون مقاسماً ومقاسماً لا بد من حضور شخصين على ما بينا؛ هذا هو ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن القاضي ينصب عن الغائب خصماً وتقام البينة، ولو حضر صغير وكبير نصب وصياً عن الصغير وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث وموصى له بالثلث في الدار وطلب القسمة وأقاما البينة على الإرث والوصية يقسم لأن الموصى له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب عن نفسه والوارث عن الميت وبقية الورثة فصار كما إذا حضر وارثان، ولو حضر الموصى له وحده لا يقسم؛ ذكره في الذخيرة. وفي النهاية: إنما ينصب القاضي وصياً عن الصغير إذا كان حاضراً بخلاف الغائب. وفي المحيط: ولو كانت مشتركة بالشراء فجرى فيها الميراث بأن مات واحد منهم لا يقسم إذا حضر البعض لأن الوارث لم يقم مقام المورث في الشركة الأولى بالشراء فينظر في هذا إلى الشركة الأولى؛ فإن كانت بالميراث يقوم الثاني مقام الأول، وإن كانت بالشراء لا يقوم.

....

ضيعه بين خمسة واحد صغير واثنان غائبان واثنان حاضران فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين وطالب شريكه الحاضر بالقسمة عند القاضي وأخبراه عن القضية فالقاضي يأمر شريكه بالقسمة وجعل وكيلاً عن الغائبين والصغير لأن المشتري قائم مقام البائع وكان للبائع أن يطالب شريكه فكذا من قام مقامه. أرض بين رجلين فطلب أحدهما القسمة وقدمه إلى القاضي فأتى شريكه وقال بعت نصيبي وأقام البينة على البائع لا تقبل البينة لدفع القسمة عنه لأنه يريد إبطال حق القسمة بإثبات فعل نفسه بالبيع فلا يقدر على الإثبات، ولو كان على الميت دين لغائب غير مستغرق حبس القاضي قدر الدين وقسم الباقي لأن التركة ملك للورثة إذا لم يكن الدين مستغرقاً إلا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج إلى نقض قضائه، وإن كان الدين مستغرقاً لا يقسم لأنهم لا ملك لهم وفي التركة في هذه الحالة ا هـ. وفي التجريد: ولو بنى رجلان في أرض لرجل بإذنه ثم أرادا قسمة البناء ومؤاجر الأرض غائب فلهما ذلك، فإن أبى أحدهما لم يجبر على القسمة. وفي النوازل سئل أبو بكر عن قرية مشاع بين أهلها ربعها وقف وربعها مقبرة ونصفها ملك يريدون أن يتخذوه مقبرة قال: إن قسمت القرية كلها على مقدار كل نصيب جازت، وإن أرادوا أن يقتسموا موضعاً منها لا يجوز. وعن الحسن: رجل اشترى من آخر نصف دار ثم قاسمه قبل أن يقبضها جازت القسمة، فإن استحق النصف الذي في يد المشتري بطل البيع فيه والمشتري بالخيار إن شاء أخذ نصف ما في يد البائع بحصته من الثمن، وإن شاء ترك. وإن استحق نصف البائع بطل البيع فيه والمشتري بالخيار إن شاء أخذ النصف من النصف الذي صار له بالحصة من الثمن، وإن شاء ترك. ولو لم يستحق شيئاً حتى باع المشتري النصف الذي صار له ثم استحق النصف الذي صار للمشتري يبطل البيع فيه وكان للمشتري أن يأخذ نصف ما باع البائع ويبطل البيع في نصفه، وكذا إن باع كل واحد منهما نصيبه ثم استحق أحد النصيبين فالجواب فيه كالجواب فيما باع أحدهما، وهذا كله على قياس قول أبي يوسف وزفر رحمهما الله تعالى وبه أخذ الحسن قال: وفي قول أبي حنيفة أي النصفين استحق جاز البيع في الآخر وله أن يبيع من الذي اشتراها منه قبل القبض ومن الأجنبي. في المنتقى عن أبي يوسف: إذا اشترى رجل من أحد الورثة بعض نصيبه ثم حضرا - يعني الوارث والمشتري - وطلب القسمة فالقاضي لا يقسم بينهما حتى يحضر وارث آخر غير البائع. ولو اشترى منه نصيبه ثم ورث البائع شيئاً بعد ذلك أو اشترى لم يكن خصماً للمشتري في نصيبه الأول في الدار حتى يحضر وارث آخر غيره، ولو حضر المشتري من الوارث ووارث آخر وغاب الوارث والبائع وأقام المشتري البينة على شرائه وقبضه وعلى الدار وعدد الورثة فإن هذا على وجهين: أحدهما إن كانت الدار في أيدي الورثة ولم يقبض المشتري لم تقبل بينة المشتري على الشراء من الغائب، وإن كان المشتري قبض وسكن الدار معهم ثم طلب القسمة هو ووارث آخر غير البائع فأقام البينة على ما ذكرنا

تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط ويقسم العروض من جنس واحد ولا يقسم الجنسين والجواهر

فالقاضي يقسم الدار، وكذلك إن طلبت الورثة القسمة دون المشتري فالقاضي يقسم الدار بينهم بطلبهم وجعل نصيب الغائب في يد المشتري ولا يقضي بالشراء، وإن لم يكن المشتري قبض الدار عزل نصيب الوارث الغائب ولا يدفع إلى المشتري، وإن كان المشتري هو الذي طلب القسمة وأبى الورثة لم أقسم لأني لا أعلم ما لكل ولا أقبل بينة على الشراء والبائع غائب. وفيه أيضاً عن أبي يوسف: دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه وهو مشاع من رجل، ثم إن المشتري أمر البائع أن يقسم صاحب الدار ويقبض نصيبه فقاسمه لم تجز القسمة، وإذا كان بين رجلين دار ونصف دار اقتسما على أن يأخذ أحدهما الدار ويأخذ الآخر نصف الدار جاز، وإن كان الدار أقل قيمة من نصف الدار.

قال رحمه الله: **(وقسم القاضي بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه)** لأن فيه تكميل المنفعة إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة وكانت القسمة حقاً لهم فوجب على القاضي إجابتهم. قال في العناية: يعني يقسم جبراً ومراده إذا كان من جنس واحد لأن فيه معنى الإقرار لتفاوت المقاصد. قال رحمه الله: **(وإن تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم)** وذلك كما لو طلبوا قسمة البئر والرحى والحائط والحمام لأن القسمة لتكميل المنفعة، وفي قسمة هذا تفويت فيعود على موضعه بالنقص، ولأن الطالب للقسمة متعنت ويريد إدخال الضرر على غيره فلا يجيبه الحاكم إلى ذلك لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم لكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوه منه لأن القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه لا سيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة مال لأن ذلك حرام ولا يمنعهم منه. اهـ. كلام الشارح. لكن ظاهر المتن أن القاضي يقسم عند رضاهم. وفي الينابيع والذخيرة: ذكر شيخ الإسلام أن القاضي لا يقسم وبعض المشايخ قال يقسم فظهر أن في المسألة روايتين. قال رحمه الله: **(وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط)** يعني يقسم بطلب صاحب الكثير؛ كذا ذكره صاحب الخصاف، ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والإنصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إلى ذلك، ولا يعتبر ضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع بحقه مع أنه متعنت في طلب القسمة فلا يشتغل القاضي بما لا يفيد. وذكر الجصاص أنه إن طلب صاحب القليل قسم، وإن طلب صاحب الكثير لا يقسم وذكر الحاكم أيهم طلب القسمة يقسم القاضي. والأصح ما ذكر الخصاف لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم. ولم

والرقيق والحمام والبئر والرحى إلا برضاهم ويصور القاسم ما يقسمه ويعد له ويذرعه

يتعرض المؤلف لما إذا كان كل واحد منهم لا ينتفع قال في المبسوط: بيت بين رجلين أراد أحدهما القسمة وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع به واحد منهما لا يجبهما القاضي إلى ذلك، والأصح أنه لا يقسم إلا إذا طلب صاحب الكثير خاصة، ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم والأول أصح اهـ. قال رحمه الله: **(ويقسم العروض من جنس واحد)** لأن اعتبار المبادلة في المنفعة المالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزاً فيملك القاضي الإجبار عليهما. قال رحمه الله: **(ولا يقسم الجنسين والجواهر)** أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة فيعمل التراضي دون جبر القاضي ولهذا قيد بالتراضي. وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحشة ألا ترى أنه لا يصلح غير المعين منها عوضاً عما ليس بمال كالنكاح والخلع. وقيل: لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت، وقيل إن اختلف جنسهما لا يقسم، وإن اتحد يقسم كسائر الأجناس. وفي العتابية: والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة مختلفة الجنس فلا يقسمها جبراً، وكذلك الأثواب المتخذة من القطن والكتان إذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص كذلك، وفي مختصر خواهر زاده: ولا يقسم السرج ولا الفرس ولا المصحف وفي التجريد: لو أوصى لهما بصوف على ظهر غنم أو لبن في ضرع أو بما في بطون الغنم لا يقسم قبل الجز والحلب والولادة. وفي الخانية: إذا كان بين رجلين ثوب مخيط لا يقسم القاضي بينهم ولو غير مخيط فاقتسماها طولاً أو عرضاً جازت القسمة.

قال رحمه الله: **(والرقيق والحمام والبئر والرحى إلا برضاهم)** أما الرقيق فالمذكور هنا قول الأمام. وعندهما يجوز لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الإبل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين. وللإمام أن التفاوت بينهما فاحش لتفاوت المعاني الباطلة كالذهن والكياسة بخلاف سائر الحيوانات لأن الانتفاع بهما لا يختلف إلا شيئاً يسيراً وذلك مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان، ومن الحيوانات جنس واحد فلا يجوز القياس، وقيمة الغنائم تجري في الأجناس فلا تلزم، وهذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض وهم ذكور فقط أو أناث فقط، وأما إذا كانوا مختلطين بين الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد. وإن كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعاً لغيرهم بالإجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض، وكم من شيء يدخل تبعاً وإن لم يجز دخوله قصداً. وأما الحمام والبئر والرحى فلما ذكر من إلحاق الضرر بالكل. ولو اقتسما الحمام أو البئر بأنفسهم جاز ولكل واحد نوع منفعة بأن يتخذ نصيبه من الحمام بيتاً، وإن طلبا جميعاً القسمة من القاضي هل يقسم؟ فيه روايتان: في رواية

ويقوم البناء ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث ويكتب أسماءهم ويقرع فمن خرج اسمه أو لا فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله

لا يقسم **لأنها تضمنت تفويت منفعة وليس** للقاضي ذلك لأنه يكون سفهاً يمكنه، وفي رواية يقسم **لأنهم رضوا بذلك وإليه أشار في** الكتاب لأنه فيه نوع منفعة؛ كذا في المحيط. وفي التتارخانية: **وإذا كانت قناة أو بئر أو نهر** وليس معه أرض فأراد بعض الشركاء القسمة فإنها لا تقسم، **وإذا كانت أرض لها شرب قسم** الأرض وترك الشرب والقناة والبئر كالشركة. وفي الخلاصة: **ولكل منهما شربة** فإن كان يقدر كل واحد منهما أن يجعل أرضه شرباً من موضع آخر قسم **ذلك كله فيما** بينهم. وفي الأصل: لو كانت أنهاراً وآبار الأرض مختلفة قسم الآبار والعيون **والأراضي** اهـ. وفي النوادر: ولو قسم البئر بالجبال جاز لأن التفاوت فيها قليل اهـ. قال رحمه الله: (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور ههنا قول الإمام. وقالا: تقسم الدور بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لأنهم جنس واحد نظراً إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى جنسان نظراً إلى اختلاف الأغراض وتفاوت السكنى. وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر لقلة نصيبه. وللإمام أن الدور أجناس مختلفة لاختلاف المقصود باعتبار المحال والجيران والقرب من المسجد فكان اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد في دار إلا بالتراضي، والإبل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع بين الأجناس كما ذكرنا بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والساحة كالدور لأنه بين البيت والدار فأخذ حظه من كل واحد منهما. والدور في مصرين لا تقسم بالإجماع، وأما الدور والضيعة والدار والحانوت فلاختلاف الجنس؛ ذكره الخصاف. وفي رواية الأصل ما يشير إلى أنه يجوز اهـ. قال رحمه الله: **(ويصور القاسم ما يقسمه)** أي يكتب على قرطاس ليمكنه حفظه. قال في العناية: يكتب أن نصيب فلان كذا وفلان كذا إن أرادوا رفع تلك الكاغضة إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه. قال رحمه الله: **(ويعد له)** أي يسويه على سهام القسمة ويروي ويعزله حتى يقطعه بالقسمة عن غيره. قال رحمه الله: **(ويذرعه ويقوم البناء)** لأن قدر الساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتها ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من ذرع الأرض وتقويم البناء. قال رحمه الله: **(ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه)** لأن القسمة تكميل المنفعة وبه يكمل لأنه إذا لم يفرز يبقى نصيب بعضهم متعلقاً بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه، وهذا بيان الأفضل فإذا لم يفرزه أو لم يمكن جاز. قال رحمه الله: **(ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث ويكتب أسماءهم ويقرع فمن خرج اسمه أو لا فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني)** والقرعة لتطييب قلوبهم، فلو أقسم الإمام بلا قرعة جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام

السهم الثاني ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم وإن قسم ولأحدهم مسيل أو

فيه. وكيفيته أن ينظر إلى أقل الأنصباء فيقدر به آخر السهام حتى إذا كان العقار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس جعلها أسداساً لأنه أقل الأنصباء فيكتب أسماء الشركاء في بطاقات ويجعلها شبه البندقة ثم يخرجها حتى إذا نشفت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في كمه أو وعى فيخرجها واحداً بعد واحد؛ فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني، ومن خرج ثالثاً فله السهم الثالث إلى أن ينتهي إلى الأخير، فإن خرج أولاً في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف فإن له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول، وإن خرج ثانياً كان له كذلك من الجانب الذي يلي الأول، وإن خرج ثالثاً كان له كذلك من الجانب الذي يلي الثاني، وعلى هذا كل واحد منهم. لا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام ولهذا لم يجز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعين العتق والمطلقة لأنا نقول: لا يحصل الاستحقاق لأن الاستحقاق كان ثابتاً قبله وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم، وإنما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به ما لم يكن لهم قبل لا مثل هذه بل هذه مشروعة كما أخبر الله سبحانه وتعالى عن يونس وزكريا عليهم الصلاة والسلام كما قال الله تعالى ﴿إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل﴾ [آل عمران: ٤٤] الآية وقوله تعالى ﴿فساهم فكان من المدحضين﴾ [الصافات: ١٤١] الآية. ولقائل أن يقول: بين أول كلامهم وآخره تدافع لأنهم صرحوا أولاً بأن مشروعية استعمال القرعة هنا جواب استحسان والقياس يأبى ذلك، وقالوا آخراً أن هذا ليس بقمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا له نظائر في الكتاب والسنة فقد دل على أنه لا يأباه القياس أصلاً بل هو يقتضيه القياس أيضاً فتدافعا اهـ.

قال رحمه الله: **(ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم)** يعني جماعة في أيديهم عقار فطلبوا القسمة وفي أحد الجانبين فضل عن الآخر فأراد أحدهم أن يدفع عوضه من الدراهم والآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة لأنه لا شريك له فيها ويفوت به التعديل في القسمة لأن بعضهم يصل إلى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى، وإذا كان أرض وبناء فعن الثاني أنه يقسم باعتبار القيمة لأنه يمكن اعتبار التعديل فيه إلا بالتقويم لأن تعديل البناء لا يمكن إلا بالمساحة والمساحة هي الأصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه قيمة البناء أو من كان أجود دراهم على الآخر فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج. وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة، وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية فيه بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ ترد الدراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل وهو القسمة بالمساحة إلا

بالضرورة، وهذا يوافق رواية الأصل. وفي المحيط: ولو رفع القسمة على أن يزيد أحدهما شيئاً معلوماً فلا يخلو إما أن يكون المشروط دراهم أو دنانير أو مكيلاً أو موزوناً أو عروضاً أو حيواناً، فإن كان المشروط دراهم معلومة جاز بأن كانت مشروطة لتعديل الأنصباء فيجوز بالتراضي، وإن كانت الزيادة مشروطة لتقع القسمة على المفاضلة فيكون بيعاً من كل وجه وهو جائز بتراضيهما، وإن كانت الزيادة مكيلاً أو موزوناً ولم يسم مكان الإيفاء لم تجز عند الإمام، وعندهما تجوز ويسلمها عند الدار كما في السلم، وإن كانت الزيادة عرضاً يجوز السلم فيها كالثوب جاز مؤجلاً ولا يجوز حالاً، وإن كان عروضاً لا يجوز السلم فيه، وإن كان حيواناً بعينه جاز، وبغير عينه لا يجوز. ثلاثة بينهم دور صغرى وكبرى فأخذ أحدهم الكبرى على أن يرد على الآخرين دراهم مسماة جاز، وكذلك لو أخذ الكبرى بنصيبين والصغرى بنصيب جاز. ولو اقتسموا الباب على أن من أصابه هذا رد درهماً، ومن أصابه هذا رد درهمين جاز. ولو اقتسموا الأراضي على أن من أصابه شجر ونبت في أرضه فعليه بقيمته دراهم جاز، ولو اقتسما على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض والنحاس والدين على أنه إن بقي عليه شيء من الدين يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة اهـ. قال رحمه الله: **(وإن قسم ولأحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة)** لأن المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق الغير فإذا أمكن حصل المقصود وإلا لم يحصل فتعين الفسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد فيما إذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق ومن مسيل الطريق الماء لأن المقصود ملك الرقبة ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة. ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول وهو ما إذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما إذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه إن أمكن كما تقدم إلا إذا قال خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لأنه أثبت له بأبلغ وجوه الإثبات بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص. واختلفوا في إدخال الطريق في القسمة بأن قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركاً مثل ما كان قبل القسمة ينظر فيه الحاكم؛ فإن كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقاً للإقرار من كل وجه، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق. ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض الباب بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحاً في نصيبه إن كان فوق الباب لا فيما دونه لأن باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه، وفي هذا القدر كفاية في الدخول. ولو شرطوا أن يكون

سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل على حدة وقسم بالقيمة ويقبل شهادة

الطريق في الدار على التفاوت جاز وإن سهامهم في الدار متساوية لأن القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الأموال الربوية جائزة، وإن كان ذلك أرضاً يرفع قدر ما يمر به نور لوقوع الكفاية به في المرور. ولم يذكر حكمه فيما إذا لم يكن له طريق وفي المحيط: ولو اقتسموا داراً فإذا لا طريق لأحدهم وقدر على أن يفتح في نصيبه طريقاً يمر فيه الرجل دون الحمولة جازت القسمة لأنها لم تتضمن تفويت منفعة، وإن لم يقدر؛ ينظر إن لم يعلم أنه لا طريق له فالقسمة فاسدة، وإن علم أنه لا طريق له جازت القسمة لأنه رضي بهذه القسمة. دار في سكة غير نافذة اقتسموها على أن يفتح كل واحد باباً إلى السكة جاز ولا يمنعون منه لأنهم تصرفوا في خالص حقهم وهو الجدار ولا ضرر على غيرهم في ذلك مقصورة بين قوم طريقها في دار الآخر فاقتسموها فليس لكل واحد أن يفتح باباً من المقصورة إلى الدار، وإنما لهم طريق على مقدار الباب ولا يكون لهم حق المرور فيما سوى الطريق، وإن كان بجنب المقصورة دار لهم وقعت في قسمة رجل فأراد أحدهم أن يجعل الطريق إلى داره في هذه المقصورة لم يكن له ذلك. طريق مشترك بين جماعة ليس لواحد منهم أن يفتح باباً لدار أخرى لا حق لها في هذه الطريق. ولو اقتسموا قرية فأصاب أحدهم قراح والآخر كرم والآخر بيوت جاز بتراضيهم، وإذا اقتسما كرم وفيه عنب وثمر ينظر؛ إن قالا على أن النصف لفلان بكل قليل وكثير وما فيه من الأعشاب والثمار فهي مقسومة وإلا فهي على الشركة بينهما. دار وفيها طريق لآخر لا يمنعها عن قسمتها ويترك طريقه على عرض الباب العظمى، فإن باعوا الدار والطريق برضاهم ضرب صاحب الدار على مثلي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لأن الطريق بينهم أثلاثاً إذا لم يعلم قدر الأنصباء فيكون الثمن بينهم أثلاثاً، وكذا إذا كان رقبة الطريق لاثنين وللآخر حق المرور. ومن مات منهم وتعددت ورثته اعتبر حقه كحق واحد، وإن لم يعرف أن الدار ميراث بينهم فالطريق على عدد الرؤوس وقسمة الطريق على عدد الرؤوس. ولو كان فيها طريق من ناحية وطريق لآخر من ناحية أخرى يعزل لهما طريق واحدة والطريق الواحد يكفي للمرور. ولو اقتسموا داراً وفيها كنيف شارع إلى الطريق أو ظلة لم يحسب في ذرع الدار لأن الظلة والكنيف ليس لهما حق القرار على طريق العامة بل مستحق النقض، ومستحق النقض كالمنقوض ولكنهما يقومان على من وقعا في حيزه، ولا يحسبان في ذرعان الدار بعد قسمه الوالي وترك طريقاً للعامة فرأى الوالي بعد ذلك أن يعطي الطريق لواحد فينتفع بها ولا يضر بأهل الطريق جاز إن كانت المدينة له، وإن كانت للمسلمين لم يجز اهـ.

قال رحمه الله: **(سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل على حدة وقسم بالقيمة)** وهذا قول محمد وعليه الفتوى. وقال الإمام والثاني: يقسم بالذرع لأن القسمة بالذرع هي

....

الأصل في المذروع والكلام فيه والعبرة للتسوية في أصل السكنى كما في المرافق. قال في العناية: وصورتها علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلو لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحد أو في دارين. قيدنا بهذا لئلا يقال قسمة العلو مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند الإمام؛ لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والاصطبل والسرداب وغيره فصار كالجنسين فلا يمكنه التعديل إلا بالقسمة. وكيفية القسمة على قول الإمام ذراع سفل بذراعين من العلو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع قيل أجاب كل منهما على عادة أهل عصره، وقيل هو اختلاف حجة بينهم. قال الإمام: لصاحب السفل منافع كثيرة ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى. وأبو يوسف قال: هما سواء في الانتفاع. وتفسير المسألة على قول الإمام أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل فثلاثة وثلاثون وثلث لمن العلو الكامل بمقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من السفل الكامل في مقابلة ست وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستين وثلثا ذراع من البيت الكامل لأن علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل في مقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من العلو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة. وتفسير قول الإمام أبي يوسف أن يجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل. ويقابل نصف العلو بنصف السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد قدره من العلو المجرد. وقال محمد: يقسم على قيمة السفل والعلو، فإن كان قيمتها على السواء يحسب ذراع بذراع، وإن كان قسمة أحدهما أعلى من الآخر يحسب الذي قيمته أعلى على النصف ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا في القيمة. وفي الذخيرة فإن قيل: كيف يقسم العلو من السفل قسمة واحدة عند الإمام ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إن لم تكن في دار واحدة؟ قلنا: موضوع المسألة أنهما كانا في دار واحدة والبنيان في دار واحدة، وإنما يقسم عند الإمام رضي الله تعالى عنه وإن كان في دارين بطريق التراضي فلهذا قيد في النهاية بما سبق. وعلم من قوله «قوم كل على حدة» أن البناء لا يقسم بالذراع قال: وإن قسما داراً فإنه يقسم العرصة بالذراع ويقسم البناء بالقيمة. ثم هذا على ثلاثة أوجه: فتارة يقسما الأرض نصفين ويشترطا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه نصف قيمة البناء وقيمة البناء معلومة أو اقتسموا ذلك وقيمة البناء غير معلومة بأن اقتسموا الأرض ولم يقتسموا البناء، فإن اقتسموا الأرض وشرطا في البناء كما تقدم فيكون بيعاً مشروطاً في القسمة، وهذا البيع من ضرورات القسمة فيكون له حكم القسمة فيجوز وإن لم تعرف قسمة البناء واقتسموا كذلك جاز استحساناً ويفسد قياساً لجهالة

القاسمين أن اختلفوا ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئاً في يد صاحبه وقد أقر

ثمن البناء. وجه الاستحسان أن القسمة لاقت العرصة ولا جهالة فيها، ومن وقع في نصيبه يتملك على صاحب نصف البناء القمية فيها ضرورة. وإن اقتسما الأرض ولم يقتسما البناء جازت القسمة ثم يتملك من وقع البناء في نصيبه نصف البناء فالقيمة لأنه لا وجه لإبقاء البناء مشتركاً لأن صاحب الأرض يتضرر به، ولا وجه لدفع الضرر إلا بتملك الأرض وتملك بالبناء بالقيمة لأنه أقل ضرراً من تملك الأرض بالقيمة من غير رضا صاحبها كالغاصب إذا صبغ الثوب يتملك صاحب الثوب الصبغ دون صاحب الصبغ؛ كذا في المحيط. هذا إذا اقتسما الأرض، فلو وقع القسم في الأرض لواحد والبناء لآخر قال: دار بين رجلين فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الأرض والآخر البناء ولا شيء له من الأرض فهذا على ستة أوجه: إذا شرطا في القسمة على أن من له البناء يكون مشترياً نصيب صاحبه من البناء بما تركه على صاحبه من الأرض فإن سكتا عن القلع أو شرطا ذلك جازت القسمة، وإن شرطا الترك فالقسمة فاسدة؛ كذا في الكافي، وفي الذخيرة: يجب بأن يعلم أن الملك لا يقع لواحد من الشركاء بنفس القسمة بل يتوقف ذلك على أحد معانٍ إما القبض أو قضاء القاضي أو الفرقة اهـ. وفي المحيط: أرض ودار بين اثنين فأحدهما أخذ الدار والآخر الأرض على أن يرد صاحب الأرض عليه عبداً قيمته ألف وقيمة الدار ألف وقيمة الأرض ألفان فباع صاحب الدار داره فاستحق علو بيت والبيت والعلو عشر الدار يرجع المشتري على البائع بنصف عشر الدار ومسك الباقي، فإن صاحب الدار يرجع بستة عشر درهماً وثلثي درهم من قيمة الأرض على صاحب الأرض عند الإمام. وقال أبو يوسف: يرجع بذلك في رقبتها.

قال رحمه الله: **(ويقبل شهادة القاسمين أن اختلفوا)** يعني إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما، سواء كانا من جهة القاضي أو غيره، وهذا عند الإمام والثاني. وقال محمد: لا تقبل وهو قول الثاني أولاً وبه قال الشافعي. وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده على فلان فشهد ذلك الغير على فعله. ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لأن فعلهما التميز لا غير ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز. وقال الطحاوي: إن اقتسما الأجرة لا تقبل شهادتهما بالإجماع وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجر عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل. قلنا هنا لم يجرا بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعاً لأن الأخصام يوافقاهما على إيفاء العمل وهو التمييز، وإنما الخلاف في الاستيفاء فانتهت التهمة، ولو شهد قاسم واحد لا تقبل شهادته لأن شهادة الفرد غير مقبولة، ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال فيقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر إذا كان منكراً. قال رحمه الله: **(ولو ادعى أحدهم**

بالاستيفاء لا يصدق إلا ببينة وإن قال استوفيت وأخذت بعضه كان القول قول الخصم

أن من نصيبه شيئاً في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لا يصدق إلا ببينة) لأن القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل إلا بحجة، وإن لم يقم ببينة استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك فإذا أنكر وأحلفوا عليه. ولقائل أن يقول: لو صح هذا الدليل لوجب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره مع أنه لا يحلف عند الإمام ومحمد. الجواب أن يقال: إن هذا إذا أقر المقر له أن المقر كذب في إقراره فلو لم يقر المقر له أنه كذب في إقراره لزمه ذلك ولا يظهر فيه أنه لو أنكر استحلف كما لو قالوا فيما نحن فيه لا أنه إذا أنكر كان مصدقاً في إقراره فافترقا، ومن حلف منهم لم يكن عليه سبيل، ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب الآخر المدعي فيقسم على قدر حقوقهما فيه. قالوا: وينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً لأنه متناقض وإليه أشار من بعد حيث شرط التحالف إن لم يشهد على نفسه بالاستيفاء، ويشير بذلك إلى أنه لو شهد على نفسه بذلك لا يتحالفان لأن دعواه لم تصح للتناقض، فإذا منع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا. قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد أن نقل ما نقل صاحب الهداية: وينبغي إلى آخره. وفي المبسوط وقاضيخان ما يؤيد هذا ا هـ. قال: وأما ما لا يوجب التحالف ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وهو ما إذا أقر كل واحد منهما بالاستيفاء ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه غصب شيئاً من نصيبه إلى آخر ما ذكرناه أولاً قال: وهكذا المكيل والموزون والمذروعات إلا أن يكون في المكيل والموزون متى ثبت الغلط بالبينة لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهم لأنه لا ضرر في قسمة الباقي، فأما في الأشياء المتفاوتة تعاد للقسمة ولا يقسم الباقي. وفي التجريد والأصل: وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة وهو نوعان: نوع يوجب التحالف، ونوع لا يوجب التحالف؛ فالذي يوجب التحالف أن يدعي أحدهما غلطاً في القسمة على وجه لا يكون مدعياً للغصب بدعوى الغلط كمائة شاة بين رجلين اقتسماها ثم قال أحدهما لصاحبه صابك خمس وخمسون غلط وأنا خمس وأربعون ولم تقم لواحد منها بينة، وهذا كله إذا لم يسبق منهما إقرار بالاستيفاء، أما إذا سبق منهما إقرار بالاستيفاء لم تسمع إلا من حيث دعوى الغصب وهي التي لا توجب التحالف ا هـ. قال رحمه الله: **(وإن قال استوفيت وأخذت بعضه كان القول قول الخصم مع اليمين)** لأن يدعي عليه الغصب وهو ينكر والقول قول المنكر قال: ولو اقتسما مائة شاة وقبضا ثم ادعى أحدهما على صاحبه أنك أخذت خمسة من نصيبي غلطاً وأنكر الآخر وقال اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون فالقول قوله مع يمينه لأن القسمة قد تمت ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه أخذ خمسة غلطاً وأنكر الآخر؛ فإن قامت بينة عمل بها وإلا استحلف المدعى عليه؛ كذا

مع اليمين وإن لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ ولو استحق بعض شائع من

في المحيط: ففي المسألة الأولى مدعي الأخذ بطريق الغصب وفي هذه الأخذ بطريق الغلط فافترقا.

قال رحمه الله: **(وإن لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة)** لأن الاختلاف فيما يحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في البيع والثمن ا هـ. ولا يخفى أنه يبدأ بيمين أيهما شاء. ولقائل أن يقول: التحالف في البيع فيما إذا كان قبل القبض على وفاق القياس كما علم في محله، وأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن أحدهما لا يدعي على الآخر شيئاً حتى ينكره الآخر فيحلف عليه والآخر يدعي ولكنا عرفناه في البيع بالنص، وفيما نحن فيه بالتحالف مخالف للقياس لأن كلاً منهما ليس مدعياً وهو وارد في البيع بعد القبض على خلاف القياس، وقد تقرر أن ما ورد على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس ولا يمكن إلحاقه بطريق دلالة النص لأن القسمة ليست في معنى البيع من وجه إذ فيها معنى الإقرار والمبادلة معاً فليتأمل في الجواب قال: فإن أراد أحدهما القسمة بعد التحالف فليس له ذلك لأنه لا يمكن لأنها لا تكون إلا بالقرعة وقد يقع نصيب أحدهما في جانب الآخر فيتضرر. وقال في موضع آخر: ولو أقام أحدهما بينة عمل بها، ولو أقام بينة عمل بالبينة التي هي أكثر إثباتاً؛ كذا في المحيط. وقيد أيضاً قسم القسام الدار فأعطى أحدهم أكثر من حقه غلطاً وبنى فيها فإنهم يستقبلون القسمة، فإن وقع البناء في قسم غيره دفع نقصه ولا يرجع على القاسم بقيمة البناء ويرجعون عليه بالآجر الذي أخذه، وإذا قسما دوراً وأخذ أحدهما داراً والآخر أخرى ثم ادعى أحدهما غلطاً وجاء بالبينة فإنه ينقص القسمة ا هـ. قال رحمه الله: **(ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ)** وهذا إذا كانت بقضاء القاضي فظاهر لأن تصرفه مقيد بالعدل والنظر، وأما إذا كان بالتراضي فقد قيل لا يلتفت إلى قول مدعيه لأن دعوى الغبن لا تعتبر في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وفيه يفسخ هو الصحيح؛ ذكره في الكافي. وفي العناية: وهو الصحيح وعليه الفتوى. وإذا اقتسما داراً وأصاب كل واحد منهما جانباً وادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة، وإن أقاما البينة فبينة المدعي مقدمة لأنه الخارج، وإن كان قبل الإشهاد تحالفا وتفسخ، ولو اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد منهما بالجزء الذي في يد صاحبه لأنه خارج فيه وبينة الخارج مقدمة، وإن أقاما أحدهما بينة يقضى بها وإن لم يقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع. قال: دعوى الغلط في القسمة نوعان: ما يصح وما لا يصح. وما يصح نوعان: ما يوجب التحالف وما لا يوجب التحالف. أما ما لا يصح وهو أن يدعي أحدهم الغلط في التقويم بغبن يسير وهو ما لا يدخل تحت تقويم

حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة ولو تهايآ في سكنى دار أو دارين

المقومين ولا تعاد القسمة به لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، والذي يصح فيه الدعوى هو أن يدعي الغلط بغبن فاحش وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ كذا في المحيط ا هـ. قال رحمه الله: **(ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة)** وهذا عند الإمام، وظاهر عبارة المؤلف أن هذا محتم لكن قال في العناية: إن شاء رجع بذلك إلى نصيب صاحبه، وإن شاء رد ما بقي واقتسما ثانياً عند الإمام. وقوله «بقسطه» يعني لو كان قيمة نصيبه ستمائة وقيمة الآخر مثله فاستحق نصف ما في يده رجع بنصف النصف وهو الربع وهو مائة وخمسون. وقال الثاني: تفسخ كذا ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الأسرار وغيره، قيد بالشائع يحترز عن المعين. وذكر القدوري إذا استحق بعض نصيب بعض أحدهما بعينه فالصحيح أن الاختلاف في الشائع، وفي استحقاق البعض المعين لا تفسخ بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالإجماع فهذه ثلاثة أوجه، ومحمد مع الإمام فيما حكاه أو حفص، ومع الثاني فيما حكاه أبو سليمان والأول أصح. للثاني أن يأخذ بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما لو استحق بعض الشائع في الكل بخلاف المعين لأن ما وراء المستحق بقي مقرراً على حاله ليس للغير فيه حق. ولهما أن المقصود بالقسمة التميز والإفراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بأن كان البعض المتقدم مشتركاً بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين فاقتسم الاثنان على أن لأحدهما مالهما من المقدم وللآخر المؤخر أو اقتسما على أن لأحدهما مالهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزاً يجوز فكذا هذا بخلاف استحقاق الشائع في الكل لأن معنى الإفراز والتميز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض. ولو استحق نصيب أحدهم كله يرجع به على الشركاء، ولو باع بعضهم بفضل نصيبه شائعاً ثم استحق بعض ما بقي شائعاً كان له أن يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض. وعند أبي يوسف يرجع على ما في أيديهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك وينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم، ولو قسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت، فإن قضوه صحت القسمة وإلا فسخت لأن الدين مقدم على الإرث فيمتنع وقوع الملك لهم إلا إذا قضوا الدين أو أبرأهم الغرماء فيصح لزوال المانع، ولو كان الدين مستغرقاً فكذا الجواب إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الحاجة. ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة ديناً في التركة صح دعواه ولا تناقض لأن الدين يتعلق بالذمة والقسمة تصادف الصورة، ولو ادعى عيباً بأي سبب كأن لم تسمع دعواه لأن الإقدام على الشركة اعتراف بأن المقسوم مشترك. قال: ولو كان بينهما مائة شاة أخذ أحدهما أربعين

أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح وفي غلة عبد وعبدين أو بغل

قيمتها خمسمائة والآخر ستين قيمتها خمسمائة فاستحقت شاة من الأربعين قيمتها عشرة فإنه يرجع بخمسة دراهم في الستين ولا خيار له في نقض الإمام عند القسمة بخلاف الأرض، وإن كان بينهما أربعون قفيزاً ثلاثون رديئة أخذها وعشرة جيدة أخذها الآخر لم يجز، فإن أخذ العشرة الجيدة وثوباً جاز لأن الزائد في مقابلة الثوب فإن استحق من الثلاثين عشرة رجع عليه بنصف الثوب. وفي الزيادات: يرجع عليه بثلث الثوب وقفيز وثلثي قفيز قيل هذا قياس والأول استحسان؛ كذا في المحيط. وفي المنتقى: ويستوي في هذا الحكم ما إذا وقعت القسمة بالقضاء أو بالرضا ا هـ. وفي السراجية: دار بين اثنين اقتسماها نصفين وبنى كل واحد في نصيبه ثم استحقت لم يرجع واحد منهما على صاحبه بقيمة البناء. وفي المحيط: دار وأرض فيها القسمة فإذا بنى أحدهما أو غرس ثم استحق أحد النصيبين لم يرجع بقيمة البناء والغرس على الآخر لأنه لم يصر مغروراً من جهته. هذا إذا كانت القسمة لو امتنع أحدهما يجبر، فلو كانت القسمة لو امتنع أحدهما لم يجبر كقسمة الأجناس المختلفة يرجع بقيمة البناء عند الاستحقاق لأن كل واحد منهما مغرور من جهة صاحبه لأنه ضمن له سلامة نصيبه. وفي التجريد: وكل قسمة وقعت باختيار القاضي أو باختيارهما على الوجه المذكور يخيرهما القاضي عليه إذا بنى أحدهما بناء أو غرس ثم استحق أحد النصيبين لم يرجع بقيمة البناء والغرس على الآخر ا هـ.

قال رحمه الله: (**ولو تهايآ في سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح**) يحتاج إلى تفسيرها لغة وشرعاً وشرطها وصفتها ودليلها وحكمها. أما دليلها فقوله تعالى ﴿هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء: ١٥٥] ومن السنة فما روي أنه عليه الصلاة والسلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون في الركوب. واجتمعت الأمة على جوازها ولأن التهايؤ قسمة المنافع فيصار إليها لتكميل المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة فكان التهايؤ هنا جمعاً للمنافع في زمان واحد. وتفسيرها لغة فهي مأخوذة من التهيؤ وهو أن يهيء كل واحد منهما لصاحبه ما شرط له. وفي الشارح: هي مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيؤ للشيء وإبدال الهمزة ألفاً فيها، والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتوافقوا على أمر فيتراضوا به. وحقيقته أن كلاً منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها. وأما تفسيرها شرعاً فهي مبادلة معنى وليست بإقرار من كل وجه لأنها لا تجري في المثليات كالمكيل والموزون، وأما شرطها أن تكون العين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها. وصفتها أنها واجبة إذا طلبها بعض الشركاء ولم يطلب الشريك الآخر قسمة الأصل، وقد يكون بالزمان. وقد يكون بالمكان، وتكلم العلماء فقالوا: إن جرت في الجنس الواحد والمنفعة متساوية أو تفاوتاً تفاوتاً يسيراً فهي إقرار، وإن جرت في الجنس المختلف كالدار

....

والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهم. وفي الكافي: ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما ا هـ. ولو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ، ولو وقع التهايؤ فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم ويبطل التهايؤ لأنه أبلغ، أما إذا تهايآ في سكنى دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل جازت لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا التهايؤ وهو إقرار لا مبادلة لأنها لا تجوز في الجنس الواحد الربا. وقيل: هو إقرار من وجه عارية من وجه. ولا يخفى أن كلا القولين مشكل لأن كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن يكون إقراراً في الكل أو عارية في البعض والعارية غير لازمة والمهايأة لازمة؟ فإن قيل جمع المنافع الشائعة في السن في بيت واحد محلل لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر فكيف يمكن القاضي جمعها؟ فالجواب أن المراد ليس للقاضي أن يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر، بل المراد أن القاضي يعتبرهما جميعاً ضرورة ا هـ. والأوجه أنه إقرار من كل وجه في التهايؤ في المكان ولهذا لا يشترط التأقيت، وفي المهايأة في الزمان إقرار من كل وجه. ولو أشغل أحدهما نصيبه جاز شرط في المهايأة أو لم يشترط لأنه يجوز المهايأة في الاشتغال حال الانفراد فيجوز تبعاً للمهايأة في السكنى؛ كذا في المحيط. ولو تهايآ في دارين جاز ويجبر الآبي عنها ويعتبر إفرازاً كالأعيان المتفاوتة، فلو وضع أحدهما في داره شيئاً أو ربط فيها دابة فعثر به إنسان ومات لا يضمن، ولو بنى أو حفر فيها بئراً ضمن لأن الأول من مرافق السكنى حتى يملكه المستعير فلا يكون متعدياً في نصيب شريكه فلا يضمن، وفي البناء والحفر يكون متعدياً في مقدار نصيب شريكه فيضمن ولا يضمن مقدار نصيبه. ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً أو يؤجرها وإن زادت غلة أحدهما لا يشارك الآخر في الفضل. والفرق أن في الدارين أمكن تصحيح قسمة المنفعة حقيقة، ولو تهايآ في الزمان في الخدمة عبداً جاز لأنها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد. ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهم القاضي بالاتفاق، فإن اختاروا من حيث الزمان يقرع في البداية تطييباً لقلوبهما ونفياً للتهمة عن نفسه، ولو تهايآ في عبدين على الخدمة جاز، أما عندهما فظاهر لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة. وأما عند الإمام فروي عنه أنها لا تجوز إلا بالتراضي لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا المهاياة. والأصح أن القاضي يهايؤ بينهما جبراً بطلب أحدهما لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما بينا، ولو تهايآ على أن نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحساناً لأن العادة جرت بالتسامح فيها بخلاف كسوة المماليك لأنها لا تسامح فيها عادة، وقيد بقوله «خدمة عبد» لأنه لا يجوز التهايؤ في غلة عبد واحد؛ كذا في

وبغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمر شجرة أو لبن شاة لا.

المحيط. وقيد بقوله «خدمة عبدين» لأنهما لو تهايآ في غلتهما لم يجز عند الإمام، وعندهما يجوز إذا استوت الغلتان. ولهما أن تفاوت العبدين في الغلة يسير فيجوز عند الاستواء بخلاف العبد الواحد فإنها فاحشة فإن العبد المستأجرة في الشهر الأول لا يستأجر في الشهر الثاني بمثل ما استؤجر في الأول بل بزيادة. وفي السراجية: تحل بين شريكين اقتسما على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة ويثمرها جاز ا هـ. وفي المنتقى: جاريتان بين رجلين تهايآ على أن ترضع هذه ابن هذه سنتين وترضع هذه ابن هذه سنتين جاز قالوا: ولا يشبه هذا لبن البقر والإبل وعلل فقال: ألبان الإنسان لا قيمة لها ولا تقسم وألبان البهائم تقسم ولها قيمة. وفي الخانية: رجلان تواضعا في بقرة على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوماً يحلب لبنها كان باطلاً ولا يحل فضل اللبن لأحدهما، وإن جعله صاحبه في حل لأن هذا هبة المشاع فيما يقسم إلا أن يكون صاحب الفضل استهلك الفضل، فإذا جعله صاحبه في حل كان إبراء عن الضمان فيجوز، أما حال قيام الفضل يكون هبة أو إبراء عن العين وهو باطل. وفي الكافي: في غنم بين اثنين واتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يرعاها وينتفع بألبانها لم يجز، والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بالوزن المعلوم ا هـ. وفي الكافي: ولو تهايآ في مملوكين استخداماً فمات أحدهما أو أبق انتقضت المهايأة بخلاف ما إذا استخدمه شهراً إلا ثلاثة أيام لو أبق فيه ثلاثة أيام فإنه ينتقض، ولو أبق أحد الخادمين في خدمة من شرط له الخادم أو انهدام الحائط فلا ضمان عليه ا هـ. ولو ولدت منه صارت أم ولد وانقضت المهايأة؛ كذا في المحيط. ولو كان بينهما عبد وأمة فتهايآ فيهما صح ذلك؛ كذا في الأصل. والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة لا يجوز عند الإمام، وعندهما يجوز وظاهر عبارة المؤلف أنه يشترط لصحة التهايؤ اتحاد المنفعة، وفي المحيط ما يخالفه قال في المحيط: ولو تهايآ ومملوك على أن يسكن هذا الدار سنة والآخر يخدمه العبد سنة جاز استحسانا ا هـ.

قال رحمه الله: (**وفي غلة عبد وعبدين أو بغل وبغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمر شجرة أو لبن شاة لا**) يعني لا يجوز في هذه الأشياء التهايؤ. أما في عبد واحد أو بغل واحد فيجوز فلأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية، وقد مر بيانه. ولو زادت غلة الدار في نوبة أحدهما يشتركان في الزيادة تحقيقاً للمساواة بخلاف التهايؤ في المنافع فتعتبر المعادلة فيها إلا في الغلة، وبخلاف ما لو تهايآ في الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان لأن معنى الإقرار راجح في الدارين فلا تعتبر الغلة، وأما لو تهايآ في استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول الإمام، وعندهما يجوز لإمكان المعادلة فيها.

....

وللإمام أن التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم إمكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لأنه يمكن قسمتها لأنه عين مال ولأنه يتغير بالاستغلال بخلاف الدارين لأن الظاهر عدم التغير في العقار. وجملة مسائل التهايؤ اثنى عشر مسألة: في استخدام عبد جائز بالاتفاق، وكذا في استخدام العبدين على الأصح، وفي استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق، وكذا في غلتها، وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والأظهر أنه يجوز بالاتفاق، وفي ركوب بغل أو بغلين على الخلاف، ولا يجوز في استغلال عبد واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف، أما التهايؤ في ثمر شجرة أو لبن غنم فإنها أعيان باقية ترد عليهما القسمة عند حصولها فلا حاجة إلى التهايؤ لأن التهايؤ في المنافع ضرورة بخلاف لبن بني آدم حيث يجوز التهايؤ فيه كما تقدم، وتقدم بيان الحيلة في ذلك قال: ولم يذكر في الكتاب المهايأة على لبس الثوبين قال بعض مشايخنا: لا يجوز عند الإمام خلافاً لهما لأن الناس يتفاوتون في اللبس تفاوتاً فاحشاً؛ كذا في المحيط. لو كان عبدان بين رجلين غاب أحدهما فجاء أجنبي وقاسم الشريك وأخذا عبداً للغائب فقدم الغائب وأجاز فمات العبد في يد الأجنبي فلا ضمان عليه، وإن مات قبل الإجارة بطلت القسمة وللغائب نصف العبد الباقي، وإن شاء ضمن حصته في الميت لشريكه أو للأجنبي القبض؛ كذا في الأصل. (فروع) قال في نوادر ابن رستم: إذا كان لأحدهما شجرة أغصانها مطلة على قسمة الآخر فله أن يطالبه بقطع أغصانه؛ رواه عن محمد. وروى ابن سماعة عن محمد ليس له ذلك. وفي الذخيرة: وبه يفتي. وإذا أراد أحدهما أن يرفع بناءه ويسد الريح والشمس على الآخر قال نصر بن يحيى وأبو القاسم الصفار: لصاحبه أن يمنع من ذلك. وقال في الفتاوى: ليس له منعه وعليه الفتوى. وإذا أراد أن يجعل داره طاحوناً أو مدقاً للقصارين لم يجز له ولو تنور صغيراً جاز والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب المزارعة

هي عقد على الزرع ببعض الخارج وتصح بشرط صلاحية الأرض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الأرض والعامل والشركة في الخارج وإن تكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقب القسمة، فهي لغة مفاعلة من الزراعة، وشريعة ما ذكر المؤلف، وسببها سبب المعاملات، وركنها الأيجاب والقبول، وشرائط جوازها كون الأرض صالحة للزراعة وكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وبيان المدة، فلو ذكر مدة لا يخرج الزرع فيها لم تجز المزارعة. وصفتها أنها فاسدة عند الإمام جائزة عندهما، ودليلها ما روي أنه عليه الصلاة والسلام دفع الأرض لأهل خيبر مزارعة. قال رحمه الله: (**هي عقد على الزرع ببعض الخارج**) فقوله «عقد» جنس وقوله «على الزرع» يشمل المزروع حقيقة وهو الملقى في الأرض قبل الإدراك؛ قاله خواهر زاده أو باعتبار ما يؤول إليه بأن كانت فارغة. وقوله «ببعض الخارج» فصل أخرج سائر العقود والمساقاة لأنها عقد على بعض الثمرة. وأطلاق في العقد فشمل مع الأجنبي أو الشريك قال في فتاوى الفضلي: أرض بين رجلين دفعها أحدهما للآخر مزارعة على أن الخارج ثلثه للدافع وثلثان للعامل جاز في أصح الروايتين ا هـ. قال رحمه الله (**وتصح بشرط صلاحية الأرض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الأرض والعامل والشركة في الخارج**) وهذا قول الثاني والثالث. وقال الإمام: لا تجوز المزارعة. لهما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام دفع الأرض مزارعة لأهل خيبر على نصف ما خرج منها من ثمر أو زرع ولأنها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فتجوز اعتباراً بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن صاحب المال قد لا يهتدي إلى العمل والمهتدي إليه قد لا يجد المال فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد. وللإمام ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة بالثلث والربع، والذي ورد في خيبر هو خراج مقاسمة لا يقال هذا مخالف لما تقدم في باب العشر

....

والخراج من أن أرض العرب كلها عشرية لأنا نقول: أرض خيبر ليست من أرض العرب لأنها لا يقر فيها على الكفر. فإن قلت: هم يهود قلنا: خيبر ليست داخلاً في حدود أرض العرب، وإذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر أجرة مثل الأرض أو العمل والغلة له لأنها نماء ملكه. قال في العناية: وهذا منقوض بمن غصب بذر آخر وزرعه في أرض فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر. وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره فجعل الامر مضافاً إلى الآمر اهـ. ولقائل أن يقول: السؤال غير وارد والجواب غير صحيح أما أولاً فقد تقرر أن الغاصب ملك البذر بالمزارعة فالبذر نماء ملك الغاصب فلا إبرد والجواب لم يصادف محلاً وقالوا: الفتوى اليوم على قولهما الحاجة الناس إليها وللتعامل والقياس يترك بمثل هذا والنص ورد نص بخلافه فيعمل به لأنه هو الظاهر عندهما. ثم شرط في المختصر لجوازها عندهما أن تكون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود لا يحصل بدونه، وأن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد لأن العقد لا يصح إلا من الأهل، وأن يبين المدة لأنه عقد على منافع الأرض أو العامل وهي تعرف. ويشترط أن تكون المدة قدر ما يتمكن فيها من المزارعة أو أكثر، وأن لا يكون قدر من لا يعيش إليه مثلها أو أحدهما غالباً. وعند محمد بن سلمة: لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة واحدة وفي الخانية قال المشايخ: يشترط بيان الوقت وتكون الزراعة على أول سنة والفتوى على بيان المدة وإن بقي بعد تمام السنة ما يمكن فيه الزراعة لا تبقى الزراعة وفي العتابية: ولو ذكر مدة أن يخرج فإن خرج ظهر أنه صحيح وإلا فلا، وأن يبين من عليه البذر لأن المعقود وهو منافع العامل أو منافع الأرض ولا يعرف إلا ببيان من عليه البذر، وأن يبين جنس البذر لأن الأجرة منه فلا بد من بيان جنس الأجرة. وفي الذخيرة. وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، فوض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض، بعد أن ينص على المزارعة لأن ذلك يصير معلوماً بأعلام الأرض ومثله في الخانية. وإن بين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بالأجر لأنه أجرة عمله وأرضه فلا بد أن يكون معلوماً، وأن يخلي بين الأرض والعامل لأنه بذلك يتمكن من العمل، وعمل رب الأرض مع العامل لا يصح. وأن يكون الخارج مشتركاً بينهما لأنه هو المقصود بها فتنعقد إجارة في الابتداء وتقع شركة في الانتهاء، ولهذا لو شرط لأحدهما قفيزاً مسماة فسدت لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض المسمى أو في الكل أو لم تخرج الأرض أكثر من ذلك، وكذا إذا شرط أن يدفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما إذا شرط أن يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقي بينهما لأنه يؤدي إلى قطع الشركة وهو يحصل أن يكون حيلة للوصول إلى رفع البذر. وقيدنا بقولنا «ببعض الخارج» لأنه إذا كان الخارج كله لواحد منهما فليست بمزارعة قال رب الأرض

الأرض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر فإن كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر إن كان لأحدهما والباقي لآخر أو كان البذر والبقر

للمزارع ازرع أرضي ببذرك على أن الخارج كله لي فهذا الشرط جائز ويصير العامل مقترضاً للبذر من رب الأرض ويكون العامل معيناً له. وفي العتابية: ازرع لي في أرضك ببذرك جاز ولو لم يقل لي والمسألة بحالها لم يجز. وقال عيسى بن أبان: يجب أن يكون كالأول، ولو قال في المسئلة على أن الخارج نصفين جاز.

قال رحمه الله: **(وإن تكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الأرض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر)** وهذه الجمل من جملة الشروط وإنما كان كذلك لأن من جوزها إنما جوزها على أنها إجازة ففي الصورة الأولى يكون صاحب البذر والأرض مستأجراً للعامل والبقر تبع له لاتحاد المنفعة لأن البقر آلة له فصار كمن استأجر خياطاً لخيطه له قميصاً بإبرة من عنده أو صباغاً ليصبغ له بصبغ من عنده ولآخر يقابل عمله دون الآلة له فيجوز. والأصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما رأيت وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجراً للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز كما إذا استأجر خياطاً ليخيط له قميصاً بأجرة بإبرة من عند صاحب الثوب أو طناً أو بالنظير تم له من المستأجر. قال في العتابية: الأصل أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة على منفعة الأرض والعامل، أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر وتعامل الناس، وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل الناس اهـ. وفي الفتاوى: دفع الزرع المدرك مزارعة بالنصف للحفظ لا يجوز وفي غير المدرك يجوز؛ كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده اهـ. قال رحمه الله: **(فإن كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر إن كان لأحدهما والباقي لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر)** سيأتي الخبر. لما بين شروط الجواز في المزارعة شرع يبين الشروط المفسدة لها. أما الأول وهو ما إذا كانت الأرض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلأن صاحب البذر استأجر الأرض واشترط البقر على صاحب الأرض ففسدت لأن البقر لا يمكن أن يجعل تبعاً للأرض لأن منفعه البقر الشق ومنفعة الأرض الإنبات وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد. وروي في الأمالي عن أبي يوسف أنها جائزة. وفي الخانية: والفتوى على الأول. وأما الثاني وهو ما إذا كان البذر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والبقر والأرض فلأن العامل أجير ولا يمكن أن تكون الأرض تبعاً له لاختلاف منفعتهما ووجه ما تقدم، وعن أبي يوسف أنه جائز وفي الخانية: لو كانوا أربعة البقر من واحد والبذر من واحد والأرض من واحد والعمل من واحد فهي فاسدة. وفي الشرح الطحاوي: ولو دفع البذر لمزارعه ليزرعه المزارع في أرضه على أن الخارج بينهما لا

. . . .

يجوز. والحيلة أن يأخذ أرضه ثم يستعين صاحب البذر بصاحب الأرض في العمل فيجوز. وفي النوازل: رجل له أرض أراد أن يأخذ بذراً من الأرض حتى يزرعه في أرضه ويكون الزرع بينهما، فالحيلة في ذلك أن يشتري نصف البذر بثمن معلوم ثم يقول له ازرعها بالبذر وهذه الحيلة تجري في كل صورة وقعت فاسدة اهـ. وأما الثالث وهو ما إذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والأرض فلما ذكرنا أن الأرض لا يمكن جعلها تبعاً لعمله لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة. قال الشارح وهنا وجه آخر لم يذكره في الكتاب وهو أن يكون البقر من واحد والباقي من آخر قالوا: هذا فاسد وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الأرض وحدها. والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة وإنما تركناه بالأثر وفي هذا لم يرد أثر اهـ. قال: ولو دفع أرضاً على أن يزرع ببذر الزارع وبقره ويعمل معه ثالث والخارج أثلاث فالعقد فاسد بينهما وبين أجنبي جائز بينهما ولرب الأرض من العامل ببعض الخارج، فلو كان المزارع الأول مالكاً لمنفعة الأرض بالاستئجار فصار كما لو كانت الأرض مملوكة ودفعها إلى العامل على أن يعمل معه لا يجوز لفوات التخلية بين الأرض والمزارع وفسادها في حق الثاني لا يوجب فساد المزارعة في حق الأول لأن المزارعة الثانية غير مشروطة في الأول والعطف لا يقتضي الاشتراط، فإن كانت الثانية مشروطة في الأول بأن قال على أن يعمل الثاني معه بالثلث هل تجوز المزارعة في حق الأول؟ قال بعض المشايخ: تفسد لأن الثانية صارت مشروطة لرب الأرض فإنه لا منفعة له في عمل الثاني مع الأول، ولو كان البذر من رب الأرض والمسئلة بحالها صحت في حق الكل لأنه استأجر العاملين ببعض الخارج وذلك جائز؛ كذا في المحيط. ولو دفع أرضه إلى رجل ليزرعها على أن الخارج بينهما نصفين فالمسألة على وجهين: الأول أن يكون البذر من قبل العامل. الثاني أن يكون من قبل صاحب الأرض. وعلى كل وجه يكون على ثلاثة أوجه: أما أن يسكتا على شرط البقر أو شرط البقر على العامل أو على رب الأرض فإن سكتا فالبقر على العامل كان البذر منه أو من صاحب الأرض لأن البقر آلة للعمل، وإن شرطا البقر على صاحب الأرض فإن كان البذر من قبلة يجوز، وإن كان من قبل الآخر فسدت؛ كذا في الظهيرية. وفي العتابية: ولو قال رب الأرض ازرع لي أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك فهذا فاسد، والخارج لرب الأرض، وللزارع على رب الأرض مثل بذرة وأجر مثل عمله. ولو قال رب الأرض ازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك فهذا جائز ويكون الخارج لصاحب البذر، ويكون صاحب الأرض معيراً له أرضه، وفيها أيضاً: لو دفع البذر إلى رجل وقال ازرع على أن الخارج لك أو لي أو نصفين فهو فاسد اهـ.

قال رحمه الله: **(أو اشترطا لاحدهما قفزاناً مسماة أو ما على الماذيات والسواقي أو أن**

لواحد والباقي لآخر أو اشترطا لاحدهما قفزاناً مسماة أو ما على الماذيات والسواقي أو أن يرفع رب البذر بذره أو يرفع من الخارج الخراج والباقي بينهما فسدت فإن صحت

يرفع رب البذر بذره أو يرفع من الخارج الخراج والباقي بينهما فسدت) يعني لو شرطا لأحدهما قفزاناً معلومة تفسد لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في المسمى كما تقدم أو مطلقاً لاحتمال ما يخرج إلا هو. والمراد بأحدهما هو أو من يعود نفعه إليه بالشرط. هذا إذا شرط لأحدهما، فلو شرطا لغيرهما قالوا: ولو شرطا بعض الخارج لعبد أحدهما فلا يخلو إما أن يكون مشروطاً لمن يملك رب الأرض وللعامل كسبه كالغائب والقريب وكل قسم على وجهين: إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض أو من قبل المزارع؛ أما القسم الأول ولو دفع أرضاً أو بذراً على أن ثلث الخارج لرب الأرض وثلثه لعبده وثلثه للعامل جاز وشرط عمل العبد أو لم يشترطا لأن ما شرطا للعبد شرط لسيده، وإن شرط عمل العبد فالمشروط للعبد حتى يقضي منه ديونه والمولى ممنوع من أخذه فكان العبد كالأجنبي، فإن البذر من المزارع، فإن شرطا ثلث الخارج لعبد رب الأرض فالمزارعة جائزة إذا لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمل العبد والمشروط للعبد مشروط لمولاه، وإن شرطا عمل العبد لمولاه، وإن شرطا عمل العبد ولادين عليه فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية، وإن كان على العبد دين ولم يشترط عمل العبد فالمزارعة جائزة، وإن شرطا عمل العبد مع ذلك فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية، وأما إذا شرطا الثلث لمكاتب أحدهما أو قريبة أو لأجنبي، فإن كان البذر من قبل رب الأرض إن شرط عمله جاز وقد تقدم بيانه. هذا إذا شرطا قفزاناً، فإذا شرطا كله قال: فلو شرط الخارج كله لأحدهما فإن كان البذر من قبل رب الأرض جاز والخارج كله للمشروط له فيكون العمل متبرعاً بعمله، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون رب الأرض أعاره أرضه واستقرض بذره، فإن كان البذر من المزارع وشرطا جميع الخارج لأحدهما فهو على أربعة أوجه: الأول أن يقول ازرع أرضي ببذرك فيكون الخارج كله لي فهو فاسد والخارج كله لرب البذر وعليه أجر مثل الأرض. الثاني أن يقول كله لك والمسئلة بحالها جاز وصار معيراً أرضه منه. الثالث أن يقول ازرع أرضي ببذرك على الخارج بيننا نصفان والبذر قرض على رب الأرض. والرابع أن يقول ازرع أرضي ببذرك على أن تكون كله لك فهي فاسدة والخارج كله لرب الأرض وصار مستقرضاً للبذر وكذا في المحيط. وأما إذا شرطا لأحدهما ما على المأذيانات وهي مجرى الماء والسواقي أو يدفع رب البذر بذره أو يدفع الخراج فلأنه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض أو الكل وشرط صحتها أن يكون الخارج مشتركاً بينهما. والمراد بالخراج الخراج الموظف نصفاً أو ثلثاً أو نحو ذلك، أما الجزء الشائع فلا يفسد اشتراطه لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة وهي حيلة لدفع قدر بذره. ولو شرطا لأحدهما التبن وللآخر الحب فسدت لاحتمال أن يصيب الزرع آفة فلا يخرج إلا التبن، فلو شرطا الحب نصفين ولم يتعرض

فالخارج على الشرط فإن لم يخرج شيء فلا شيء للعامل ومن أبى عن المضي أجبر إلا

للتبن صحت لأنه هو المقصود والتبن نصفان. ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب الأرض صحت لأنه شرط لا يخالفه العقد لأنه نماء ملكه، ولو شرطا التبن للعامل فسد فلأنه شرط مخالف لمقتضى العقد فربما يؤدي إلى قطع الشركة بأن يصيب الزرع آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن قال: والعشر عليهما عندهما، وعند الإمام على صاحب الأرض، فإن لم يأخذ الإمام العشر فهو لصاحب الأرض عند الإمام، وعندهما لهما. ولو قال صاحب الأرض للعامل لا أدري ما يأخذ الإمام العشر أو النصف لأن النصف لي بعدما يأخذ جازت عندهما؛ كذا في المحيط قال رحمه الله: **(فإن صحت فالخارج على الشرط)** لصحة الالتزام. قال في المحيط: وأما الزيادة والحط في المزارعة والمعاملة فالأفضل إن كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء المزارعة والمعاملة جازت الزيادة فيهما، وإذا أدى أحدهما الآخر في الخارج فإن كان حال الزيادة قبل الاستحصاد وعظم التناهي تجوز الزيادة لأنه يجوز ابتداء العقد ما دام قابلاً للزيادة وإلا فلا، والحط جائز في الحالين حال قبول الزيادة وبعدها لأنه إسقاط. ولو باع الأرض المدفوعة مزارعة أو معاملة فالبيع موقف على إجازة المزارع والعامل، فإن يجز تبقى إلى انتهاء المزارعة والمعاملة ويخير المشتري إن شاء انتظر أو فسخ. ولم يتعرض المؤلف لما إذا وقع في العقد أو علق ونحن نبين ذلك قال وفيه أيضاً: لو دفع الأرض والبذر سنة على أن يزرعها بغير كراب فللعامل ربع الخارج وإن كربها فثلثه، وإن كرب وبنى فنصفه جاز ما شرطاه، وكذا لو كان البذر من جهة المزارع القسم الثاني دفع الأرض على أن يزرعها حنطة فالخارج كذا، وإن زرعها شعيراً فكذا وإن زرعها سمسماً فكذا فهذا على أربعة أوجه: أما إن قال ازرعها أو زرعت فيها أو زرعت منها أو زرعت بعضاً منها فالمزارعة في الأولين جائزة لأنه خيره بين العقود الثلاثة، فإن زرع شيئاً من الأصناف الثلاثة فالخارج على ما شرطاه، ولو قال ما زرعت منها أو بعضاً منها فالمزارعة فاسدة لأنه إن زرع البعض حنطة والبعض شعيراً وسمسماً فذلك البعض مجهول، ولو كان البذر من قبل العامل وشرط إن زرعها حنطة فبينهما نصفان وإن زرعها شعيراً فذلك للعامل جاز استحساناً وهو في الأول مزارعة وفي الثاني إعارة الأرض. ثم ذكر محمد التخيير بين ثلاثة ولم يذكر هل يجوز التخيير في أكثر من ذلك؟ روى هشام أنه لا يجوز. القسم الثالث دفع الأرض على أن زرعها ببذره في أول جمادى الاولى فالخارج نصفان وإن أخر فالثلث للمزارع فالشرطان جائزان عندهما وبيان الدليل يطلب فيه اهـ.

قال رحمه الله: **(فإن لم يخرج شيء فلا شيء للعامل)** لأنها إما اجاره أو شركة، فإن كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره، وإن كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت المزارعة ولم

رب البذر وتبطل بموت أحدهما فإن مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى الزارع أجر مثل

تخرج الأرض حيث يستحق أجر المثل في المدة وعدم الخروج لا يمنع وجوبه. قال في العناية: واستشكل بمن استأجر أرضاً بعين ففعل الأجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه على المستأجر أجرة المثل فليكن هذا مثله لأن المزارعة قد صحت والأجر مسمى وهلك الأجر. وأجيب بأن الأجر ههنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفروعه والآخر المعين إلى الأجر لا يجب للآخر شيء فكذا هنا. ولقائل أن يقول: هذا الجواب غير مستقيم في صورة استئجار الأرض فإن رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضاً لفرغه. قال رحمه الله: **(ومن أبى عن المضي أجبر إلا رب البذر)** لأنها انعقدت اجارة والأجارة عقد لازم غير إنها تنفسخ بالعذر، فإن امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان معذوراً لأنه لا يمكنه المضي إلا باتلاف ماله وهو إلقاء البذر على الأرض ولا يدري هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجره لهدم داره ثم امتنع، وإن امتنع العامل أجبر على العمل، وإن امتنع رب البذر والأرض من قبله بعدما كرب الأرض فلا شيء له في عمل الكراب في القضاء لأن عمله إنما يتقوم بالعقد وقد فوته بجزء من الخارج فلا خارج، ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أجر مثله له كيلاً يكون مغروراً من جهته لأنه يتضرر به وهو مدفوع فيكتفي بإرضائه بأن يوفيه أجر مثله. قال رحمه الله: **(وتبطل بموت أحدهما)** لأنها إجارة وهي تبطل بموت أحد المتعاقدين إذا عقدها لنفسه وقد بيناه في الاجارة، وهذا الاطلاق جواب القياس. وفي الاستحسان إذا مات وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يحصد الزرع ثم يبطل في الباقي لأن في ابقائه هذه المدة مراعاة الحقين فيعمل العامل أو وارثه على حالة، فإذا حصد يقسم على ما شرطاه ولا ضرورة في الباقي. ولو مات رب الأرض قبل الزرع بعدما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة لأنه ليس في ذلك إتلاف مال على الزارع ولا شيء للعامل بمقابلة العمل لأنه يقوم بالخارج ولا خارج، ولا يجب شيء بخلاف المسئلة الأولى حيث يقضي بإرضائه لأنه مغرور من جهته باختياره، وإذا كان على رب الأرض دين ولم يقدر على قضائه إلا ببيع الأرض فسخت المزارعة قبل الزرع وبيعت بالدين ولا شيء للعامل عليه في الكرب وحفر الأنهار. ولو نبت الزرع ولم يحصد لم يبيع الأرض بالدين حتى يستحصد الزرع لأن في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه به لأنه لم يمنع بيع الأرض لم يكن مماطلاً والحبس جزاء المماطلة. وفي الذخيرة: ولو مات رب الأرض بعد الزرع قبل النبات هل تبقى المزارعة؟ قال بعضهم تبقى. وقال بعضهم لا تبقى فتفسخ. وفيها أيضاً: وهل يحتاج في فسخ المزارعة إلى قضاء القاضي؟ قيل: وفي رواية الزيادات يحتاج إل القضاء والرضا، وفي رواية كتاب المزارعة لا يحتاج إلى القضاء أو الرضا اهـ. ولو مات

أرضه حتى يدرك ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كاجرة الحصاد والرفاع والدياس

المزارع والزرع بقل فلو رثته القيام عليه حتى يدرك صيانه لحقهم، فإن أبوا على ذلك لم يجبروا لأنهم لم يلتزموا بالعقد ذلك ورب الأرض بالخيار إن شاء أعطى قيمة نصيبهم، وإن شاء قلع، وإن شاء أنفق عليه حتى يستحصد ويرجع بحصة الزارع في النفقة فيه؛ كذا في المحيط.

قال رحمه الله: **(فإن مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى الزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك)** يعني يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر حتى يستحصد، وظاهر العبارة أنه يجب عليه جميع الأجرة وليس كذلك فلو قال في نصيبه لكان أولى وأسلم لأن العقد قد انتهى بمضي المدة وفي القلع ضرر فبقيناه بأجر المثل إلى أن يستحصد فيجب على غير صاحب الأرض بحصته من الأجرة لأنه استوفى منفعة الأرض بقدره بخلاف ما لو مات قبل ادراك الزرع حيث يترك إلى الحصاد ولا يجب على المزارع شيء لأنا أبقينا عقد الأجارة هنا استحساناً فأمكن استمرار العامل على ما كان من العمل، أما هنا لا يمكن إلا بانقضاء المدة فتعين ايجاب أجر المثل بالإيفاء وكان العمل ونفقة الزرع وموته بالحفظ وكري الأنهار عليهما بخلاف ما إذا مات قبل الإدراك حيث يكون الكل على العامل. ولو أنفق أحدهما على الزرع بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحبه فهو متطوع لأنه لا ولاية له عليه وهو غير مضطر إلى ذلك لأنه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشترك. ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلاً ليس له لما فيه من الاضطرار بالآخر، ولو أراد الزارع أن يأخذه بقلاً قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع إن شئت فيكون بينكما أو اعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع عليه بما أنفقت عليه دفعاً للضرر عنه قال: ولا يضمن المزارع أجر مثل الأرض لأنه لما رضي بإبطال حقه لم تبق الاجارة بينهما. ولو غاب المزارع بعد ما زرع فأنفق رب الأرض إلى الأدراك بأمر القاضي رجع ولا سبيل للزارع على الزرع حتى يعطيه النفقة كلها لأن الزارع لو كان حاضراً كان الكل عليه فكذا لو غاب. ولو اختلفا في النفقة فالقول قول الزارع مع يمينه لأنه ينكر وإذا انقضت المدة قبل الإدراك فمن أنفق منهما بغير إذن القاضي فهو متطوع، وإن أنفق بأمر القاضي رجع بنصف ما أنفق. زرع المزارع ونبت فاستحقت الأرض للمستحق القلع لأنه ظهر أنهما غاصبان ثم الزارع إن شاء ضمن الدافع نصف قيمة الزرع نابتاً، وإن شاء قلع معه، وإن استحقت مكروبه قبل الزرع لا شيء للعامل. هذا إذا كان البذر من جهة العامل، فإن كان البذر من جهة رب الأرض لم يذكره محمد. وقالوا: ينظر إن كان الاستحقاق قبل الزراعة فلا شيء للعامل، وإن استحقت بعد الزراعة إن شاء قلع معه، وإن شاء رجع على الدافع؛ قيل بأجرة مثل عمله كما لو دفع نحلاً معاملة ثم استحق يرجع عليه بأجر مثل عمله. وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: يرجع عليه بقيمة نصيبه من الزرع فلو أجار المستحق المزارعة هل يصح؟ قالوا: إن كان البذر من جهة رب الأرض لا تصح لأن

والتذرية فإن شرطاه على العامل فسدت.

العقد لم يرد على المستحق، وإن كان البذر من جهة العامل تصح إجارته قبل الزراعة وبعدها فلا تصح؛ كذا في المحيط. قال رحمه الله: **(ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كاجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية)** تجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية مطلقاً من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة، أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما بينا، وأما وجوب الحصاد دوما ذكر فلأن عقد المزارعة يوجب على العامل عملاً يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيبقى ذلك باشتراك بينهما يجب عليهما قال رحمه الله: **(فإن شرطاه على العامل فسدت)** يعني شرطا العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحاصد وما ذكرناه على العامل أو النفقة فسدت لأنه شرط لا يقتضيه العقد. وإنما قلنا ذلك لأن العقد يقتضي عمل المزارع وهذه الأشياء ليست من أفعال المزارعة فكانت أجنبية فيكون شرطها مفسداً كشرط الحمل والطحن على العامل. قال في الذخيرة: وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنها تصح مع اشتراط ذلك على العامل، ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون: ويجوز شرط التنقية والحمل إلى منزله على العامل لأن المزارعة على هذه الشروط متعاملة بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل واختار شمس الأئمة رواية أبي يوسف وقال: وهو الأصح في ديارنا. ولو شرط الجذاذ على العامل والحصاد على غير العامل لا يجوز الإجماع لعدم التعامل، ولو أراد فصل الفصيل أوجد التمر بسراً أو التقاطه الرطب كان ذلك كله عليهما. وفي الأصل: وإذا أدرك الباذنجان أو البطيخ فالتقاط ذلك عليهما والحمل والبيع عليهما وكذا الحصاد عليهما اهـ. وفي التتارخانية: وكل عمل يزيد في الزرع ولا بد للمزارع منه يجب على المزارع شرط عليه ذلك أو لم يشرط عليه ذلك كالسفر وغيره اهـ. والله أعلم.

كتاب المساقاة

هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما وهي كالمزارعة

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان: كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي في مختصره كتاب المساقاة على كتاب المزارعة إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد كانت الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة اهـ. ولك أن تقول: وجه المناسبة أن في كل منهما دفعاً إلا أن في المزارعة دفع الأرض وهي الأصل، وفي المساقاة المقصود دفع الأشجار وهي فرع فقدم الأصل وهو دفع الأرض. وهي في اللغة مفاعلة من السقي وسبب جوازها حاجة الناس إليها. وركنها الإيجاب والقبول والارتباط، ودليلها ما تقدم في المزارعة، وشرطها كون العاقد والساقي من أهل العقد، وشرط صحتها كون الثمرة تزيد بالعمل، وصفتها أنها جائزة، وحكمها وجوب الشركة في الخارج وعند الفقهاء ما سنذكره. قال رحمه الله: (**هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما**) فقوله «معاقدة» جنس وقوله «دفع الأشجار» أخرج البيع لأنه عقد تمليك العين لا دفعها، وقوله «إلى مَن يعمل فيها» أخرج الإجارة لأنها وإن كانت فيها دفع للانتفاع لا ليعمل فيها. وقوله «على أن الثمرة بينهما» أخرج المزارعة. وأطلق من يعمل فشمل الشريك وغيره ولو زاد الأجنبي ليعمل فيها الخ لكان أولى لأنه لو دفع أحدهما للآخر وهما مالكان لا يصح. قال في فتاوى الفضلي: إذا كان النخل بين اثنين فدفع أحدهما لصاحبه معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ومهما خرج فهو بينهما أثلاثاً ثلثه للدافع وثلثاه للعامل فهذه المعاملة فاسدة، ولو كان مكانها مزارعة بأن كانت أرض بين اثنين ودفعها أحدهما لصاحبه مزارعة على أن الخارج ثلثه للدافع وثلثاه للعامل جاز على أصح الروايتين اهـ. قال رحمه الله: (**وهي كالمزارعة**) يعني لا يجوز عند الإمام ويجوز عندهما، وشرطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا إلا في أربعة أشياء: أحدها إذا امتنع

وتصح في الكرم والشجر والرطب وأصول الباذنجان فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة

أحدهما يجبر لأنه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة على ما تقدم. الثاني إذا انقضت المدة تترك بلا أجرة على ما تبين بخلاف المزارعة. الثالث إذا استحق النخل يرجع العامل بأجرة مثله والزارع بقيمة الزرع. والرابع في بيان المدة فإذا لم يبين المدة فيها يجوز استحساناً لأن التيقن وقت إدراك الثمرة معلوم وقل ما يتفاوت فيه فيدخل ما هو المتيقن به، وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن لها نهاية معلومة فلا يشترط فيها بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداء يختلف والانتهاء ينبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأرض وضعفها تفاوتاً فاحشاً فلا يمكن صرفه إلى أول ثمر يخرج منه، وبخلاف ما إذا دفع نخلاً أو أصول رطبة على أن يقيم عليها حتى يذهب أصولها وثبتها لأنه لا يعلم متى ينقطع النخل أو الرطب لأن الرطب ثمر ما دامت أصولها فتكون مجهولة فتفسد المساقاة. وكذا إذا أطلق في الرطبة ولم يرد في قوله حتى يذهب بخلاف ما إذا أطلق في النخل حيث يجوز وينصرف إلى أول ثمرة تخرج منه. والفرق أن ثمر النخل لإدراكه وقت معلوم فينصرف إليه ولا يعرف في الرطبة أول جزء منه حتى لو عرف جاز لعدم الجهالة. ولو أطلق في النخل ولم يثمر في تلك السنة انقطعت المعاملة فيها لانتهاء مدتها، فإن سمى فيها مدة يعلم أن الثمرة لا تخرج في المدة فسدت المساقاة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار، وإن ذكرا مدة يحتمل الطلوع فيها جازت لعدم التيقن بفوات المقصود. ثم إن خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد، وإن تأخر فللعامل أجر مثله لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة فصار كما لو علم ذلك ابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً لأن الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين أن العقد كان فاسداً فبقي العقد صحيحاً، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه. وفي الخلاصة: وإن ذكرا مدة قد يخرج وقد لا يخرج فهي موقوفة إن أخرجت في المدة صحت، وإن لم تخرج فسدت. وهذا إذا خرجت في المدة المضروبة ما يرغب في مثله، فإن أخرجت في شيء لا يرغب في مثله فهي فاسدة اهـ. وفي المحيط: ولو دفع إليه رطبه ثابتة في الأرض وقد انتهى جوازها لكن بذرها لم يخرج ليقوم ليخرج البذر على أن البذر بينهما نصفان ولم يسميا وقتاً جاز لأنه جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله، ولو شرطا أن الرطبة بينهما نصفان لم تجز لأنه استأجره ببعض ما أوجد قبل عمله مقصوداً. وفي جامع الفتاوى: ولو دفع أرضاً معاملة خمسمائة سنة لم يجز، وإن شرط مائة سنة وهو ابن عشرين سنة جاز، وإن كان أكثر من عشرين سنة لم يجز اهـ.

قال رحمه الله: **(وتصح في الكرم والشجر والرطب وأصول الباذنجان)** وقال الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد: لا تجوز إلا في الكرم والنخل. ولنا ما روي عن ابن عمر أن

والثمر يزيد بالعمل صحت وإن انتهت لا كالمزارعة فإذا فسدت فللعامل أجر مثله

النبي ﷺ عامل أهل خيبر على ما يخرج من ثمر. وهذا مطلق فلا يجوز قصره على بعض الأشجار دون بعض لأنه تقييد فلا يجوز بالرأي. وفي فتاوى أبي الليث: دفع كرماً معاملة وفيه أشجار لا تحتاج إلى عمل سوى الحفظ، فإن كان بحال لو لم تحفظ يذهب ثمرها قبل الإدراك لا تجوز المعاملة في تلك الأشجار ولا نصيب للعامل فيها. وفي التجريد: رجل دفع نخلاً إلى رجلين معاملة على أن لأحدهم السدس وللآخر النصف ولرب الأرض الثلث فهي جائزة، ولو شرطوا الصاحب النخل الثلث وللآخر الثلثان وللثالث أجر مائة على العامل فهذا فاسد، والخارج كله لرب النخل ويرجع العامل الذي شرط له الثلثان على رب النخل ولرب النخل الثلثان وللثالث الثلث فهي جائزة. وفي جامع الفتاوى: لو دفع إلى رجلين جاز عند أبي يوسف ولا يجوز عند الإمام. وفي شرح الطحاوي: ولو أن رجلاً دفع أرضه معاملة على أن يغرس العامل فيها أغراساً والغراس يكون بينهما فهذا يجوز، فإذا انقضت المدة فلرب الأرض أن يطالبه بقلع الأشجار وليس له أن يتملكها بغير رضا المستأجر إذا لم يضر القلع بالأرض، فإن كان يضرها ضرراً فاحشاً فله أن يتملكها بغير رضاه. وفي الفتاوى العتابية: إذا دفع أرضه للغرس على أن الغراس بينهما، فإن كان الغراس من جانب صاحب الأرض فغرس فالغراس كله لصاحب الأرض، وإن كان للعامل وقال له اغرسها فالغراس لصاحب الأرض وللعامل عليه قيمتها اهـ. وفي فتاوى أبي الليث: لو غرس حافتي نهر فقال رجل غرست لي لأنك كنت خادمي وفي عيالي وقال الغارس لنفسي، فإن عرف أن الغارس كان وقت الغراس في عياله يعمل له مثل هذا العمل فالشجر له، وإن لم يعرف ذلك فللغارس ذلك اهـ. قال رحمه الله: **(فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمر يزيد بالعمل صحت وإن انتهت لا كالمزارعة)** لأن العامل لا يستحق إلا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الإدراك لا يستحق إلا بلا عمل ولم يرد به الشرع، ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لأن جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة إلى مثله فبقي على الأصل. قال رحمه الله: **(فإذا فسدت فللعامل أجر مثله)** لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة إذا فسدت وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: **(وتبطل بالموت)** لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة فإن مات رب الأرض والخارج بسراً فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم عليه قبل ذلك إلا أن تدرك الثمرة، وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحساناً كما في المزراعة لأن في منعه إلحاق الضرر به فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ولا ضرر على الورثة. ولو التزم العامل الضرر يخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يدرك فيرجعون على المعامل بحصته من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر به كما في المزارعة؛ هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره. وفي رجوعه في حصته إشكال،

وتبطل بالموت وتفسخ بالعذر كالمزارعة.

وكان ينبغي أن يرجعو عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذ اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في عمل بعض المدة، وهذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً؛ كذا في الشارح. وإجاب بعض الأفاضل بأن المعنى يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه فيرد على هذا المجيب بأن المنقول في الكافي للعلامة النسفي. وفي الحاكم الشهيد ما نص عبارته: ويرجعون بنصف نفقتهم في حصة العامل كما في المزارعة اهـ. فحمله غير صحيح. ونقل في التتارخانية في فصل الموت في المزارعة إذا أنفق ورثة رب الأرض بأمر القاضي يرجعون على المزارع بجميع النفقة مقدار بالحصة، وإذا أنفق رب الأرض بإذن القاضي يرجع بنصف النفقة اهـ. ولا يخفى أن المعاملة والمزارعة من باب واحد فما قاله الشارح ظهر منقولاً. ولو مات العامل فلورثته أن يقيموا عليه وليس لرب الأرض أن يمنعهم من ذلك لأن فيه النظر من الجانبين فإذا أرادوا أن يضربوه بسراً كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاث التي ذكرناها، وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه، وهذا خيار في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك فيورث بخلاف خيار الشرط فإن أبوا ورثة العامل أن يقيموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما ذكرنا، وإذا انقضت مدة العامل وكان الخارج بسراً أخضر فهو كالمزارعة إذا انقضت مدتها فللعامل أن يقسم عليها إلى أن تنتهي الثمار كما أن ذلك للمزارع لكن هنا لا يجب على العامل أجرة حصته إلا أن يدرك لأن الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الأرض إلى أن يدرك الزرع لأن الأرض يجوز استئجارها. وكذا العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة عليهما لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة في المزارعة لا يستحق العمل عليه كما كان يستحق قبل انتهائها.

قال رحمه الله: **(وتفسخ بالعذر كالمزارعة)** بأن يكون العامل سارقاً أو مريضاً لا يقدر على العمل لأنها في معنى الإجارة وقد بينا أنها تفسخ بالأعذار وكونه سارقاً عذر ظاهر لأنه يسرق الثمر والسعف ويحلق الآخر الضرر ولو أراد العامل ترك العمل في الصحيح، وقيل يمكن، وقيل لا يمكن بالاتفاق. قال: أصله أن المزارعة لازمة من جهة من لا بذر منه غير لازمة من جهة رب البذر، ثم مسائله على ثلاثة أقسام: قسم في الموت، وقسم في فسخ العقد من قيله بالدين، وقسم في انقضاء المدة. وإذا أراد رب الأرض أن يفسخ العقد وليس من قبله البذر قبل العمل ليس له ذلك إلا أن يكون عليه دين لا وفاء إلا منه، فإن باعها بالدين لم يكن عليه من نفقة العامل شيء في حفر الأنهار وإصلاحها لأن المنافع لا تتقوم إلا

....

بالعقد أو شبهه ولم يوجد ذلك ومتى كان البذر من قبله بأن يكون مستأجراً للأرض فإن نبت الزرع لا يباع حتى يستحصد لكن القاضي يخرجه من الحبس ولا يحول بينه وبين الغرماء لأن في البيع إبطال حق العامل وفي ترك البيع تأخير حق رب الدين والتأخير أهون من الإبطال، فلو زرع ولم ينبت فقد اختلفوا فيه؛ قيل لصاحب الأرض بيعها بالدين لأنه ليس للزرع في الأرض حق قائم لأن القاء البذر استهلاك، وقيل ليس له البيع لأن القاء البذر من الاستنماء وليس باستهلاك. وأما القسم الثاني وهو ما لو دفعها إليه ثلاث سنين ثم مات رب الأرض في الأولى قبل الحصاد يبقى الزرع حتى يستحصد استحساناً فإذا حصد ينفسخ في السنتين الباقيتين، ولو مات قبل الزرع بطلت المزارعة فإن مات بعد الزراعة قبل النبات اختلفوا فيه على نحو ما ذكرنا في الدين، ولو مات المزارع والزرع بقل فقد قدمنا بيانه، وهذه فروع ذكرناها تتميماً للفائدة. ولو دفع أرضاً بيضاء على أن يغرس فيها نخلاً وشجراً على أن ما خرج من شجر أو نخل فهو بينهما نصفين وعلى أن الأرض بينهما نصفين فهذا فساد، فإن فعل فما خرج من الأرض فجميعه لرب الأرض وللغارس أجر مثل عمله. دفع أرضاً على أن يغرسها المدفوع إليه لنفسه ما بدا له ويزرعها من عنده ما بدا له على أن الخارج نصفان بينهما وللعامل على رب الأرض مائة درهم فهو فاسد. والخارج للغارس ولرب الأرض أجر أرضه، ولو كان البذر والغراس من رب الأرض على أن يغرس ويبذرهما بهما والخارج نصفان بينهما ولرب الأرض علي العامل مائة درهم فهو فاسد والخارج لرب الأرض وللعامل أجر مثله وتوجيهه يطلب من المحيط. واشتراط العمل في المعاملة والمزارعة على أقسام: أحدها أن يشترطا البعض على العامل وسكتا عن الباقي أو شرطا بعضه على الدافع وسكتا من الباقي أو شرطا بعضه على الدافع وبعضه على العامل، وكل قسم على قسمين: الأول لو شرطا البعض على العامل وسكتا من الباقي فإن كان المسكوت عنه لا يخرج من ذلك شيء إلا به أو يخرج شيء لا يرغب في مثله فالمعاملة فاسدة، والثاني لو شرطا على نفسه السقي والحفظ لا غير فالمزارعة فاسدة إلا إذا علم أن السقي لا يزيد فيه. الثالث لو شرط السقي على رب النخل والحفظ والتلقيح على العامل لم يجز، والمزارعة كالمعاملة في هذه الأحكام إذا كان البذر من رب الأرض وتوجيهه يطلب من المحيط. وأما المزارعة إذا شرط فيها المعاملة فالمعاملة متى شرطت في المزارعة بأن دفع أرضاً فيها نخل على أن يزرعها من بذره بالنصف وعلى أن يعمل في النخل ويسقيه ويلحقه بالنصف فإنه ينظر؛ إن كان البذر من قبل العامل فسدت لأنهما عقدان اشترط أحدهما في الآخر، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جاز لأنه عقد واحد لأنه استأجره ليعمل في أرضه ونخله وتوجيهه يطلب من المحيط. وأما لو دفع المزارع أو العامل الأرض أو النخل لغيره مزارعة أو معاملة فهي على وجهين: إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض وفي هذا لا يملك أن يدفع الأرض مزارعة أو معاملة إلا أن

....

يأذن له رب البذر في ذلك أو يقول له اعمل برأيك ولكن له أن يستأجر أجيرا من ماله لإقامة عمل المزارعة، وإن قال رب البذر اعمل لله تعالى برأيك جاز له أن يدفعها لغيره مزارعة، وإذا لم يأذن له ولم يقل اعمل برأيك فدفعها لغيره مزارعة فصار مخالفاً غاصباً وبطلت المزارعة بينه وبين رب الأرض ولرب الأرض أن يضمن أيهما شاء أجرة الأرض، فإذا ضمن الأول لم يرجع على صاحبه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه مغرور من جهته؛ كذا في الفتاوى الكبرى.

وأما لو أذن له رب الأرض أو قال له اعمل برأيك فدفعها جاز، وإن كان رب الأرض شرط للمزارع النصف فدفعها للثاني بالنصف فمهما خرج منها فنصفه لرب الأرض ونصفه للمزارع الثاني، وإن شرط المزارع الأول للثاني الربع وللأول الربع وحكمهما حكم المضاربة. وفي فتاوى الخلاصة: وإن كان البذر من قبل العامل له أن يدفع إلى آخر مزارعة وإن لم يأذن له رب الأرض أصلاً، ولو دفع صار الزارع الأول مؤجراً ما إذا استأجره إجارة فاسدة صار الأول مستأجراً للمزارع الثاني ببعض الخارج ويعمل في الأرض اهـ. وفي المحيط: إذا عمل صاحب الأرض مع العامل بأمره أو بغير أمره فهو على قسمين: إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض أو من قبل العامل، فلو كان من قبل رب الأرض بأن دفع أرضه وبذره مزارعة بالنصف فزرع العامل وسقى فلما نبت قام عليه رب الأرض حتى استحصد بغير أمر العامل فالخارج على الشرط ورب الأرض متطوع بعمله كما لو قام عليه أجنبي، ولو بذر المزارع ولم ينبت ولم يسقه فسقاه رب الأرض وقام عليه حتى استحصد فالخارج لرب الأرض قياساً، وفي الاستحسان على الشروط ورب الأرض متطوع كما لو قام عليه أجنبي، ولو لم يزرع العامل حتى زرعه رب الأرض وسقاه ثم قام عليه المزارع حتى استحصد فالخارج لرب الأرض والمزارع متطوع، وإن بذره رب الأرض بغير إذن الزارع ولم يسقه ولم ينبت فسقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج على الشرط. القسم الثاني لو كان البذر من قبل المزارع فبذر ولم يسقه ولم ينبت فقام عليه رب الأرض حتى استحصد فالخارج بينهما، وكذا لو بذره رب الأرض ولم ينبت ولم يسقه حتى قام عليه المزارع فالخارج على الشرط، ولو كان رب الأرض سقاه حتى نبت ثم قام عليه المزارع وسقاه فهو لرب الأرض ويضمن البذر لربه والمزارع متطوع في سقيه، وما علمته من الجواب في المزارعة فهو الجواب في المعاملة؛ كذا في المحيط. وأما لو اختلفا في المزارعة أو المعاملة فلا يخلو إما أن يختلفا في العقد أو الشروط أو في جواز العقد وفساده، فلو اتفقا على جواز واختلفا في المشروط والبذر من قبل رب الأرض إن كان قبل المزارعة وأقاما بينة فبينة الزارع أولى لأنها أكثر إثباتاً، وإن لم تقم لأحدهما بينة تحالفا وتراد، وإن اختلفا بعد الزراعة والنبات فالقول لرب الأرض مع يمينه والبينة للآخر، وإن كان البذر من قبل العامل فالقول له والبينة للآخر بعد عقد المزارعة وقبلها

....

يتحالفان وبديء بيمين رب الأرض، وأما لو اختلفا في الجواز والفساد فهو على ثلاثة أوجه: إما إن اختلفا قبل الزراعة فالقول لمدعي الفساد، وإن اختلفا بعد الزراعة فالقول لصاحب البذر. هذا إذا كان البذر من قبل العامل، فإن كان من قبل رب الأرض فاختلفا فالقول للعامل والبينة لرب الأرض، سواء اختلفا قبل الزرع أو بعده، وأما لو اختلفت ورثتهما بعد موتهما فإما أن يختلفا في مقدار الأنصباء والبذر من قبل العامل فالقول لورثة صاحب الأرض والبينة للآخر، وإن كان البذر من رب الأرض فالقول لورثة صاحب البذر والبينة للآخر، وإن أقاما معاً بينة فبينة صاحب البذر أولى، وإن اختلفا في صاحب البذر كان القول قول ورثة المزارع والبينة للآخر، وإن اختلفا في البذر وفي شرط وأقاما بينة فالبينة بينة رب الأرض. ولو مات المزارع بعد الاستحصاد ولم يدر ما فعل بحصة المزارع فضمان حصة المزارع في ماله لأنه مات مجهلاً للوديعة، ولو مات العامل بعدما انتهت الثمرة فلم يوجد في النخل شيء إن علم خروج الثمرة ضمن حصة الآخر وإلا فلا؛ كذا في المحيط. وتفاصيله تطلب منه اهـ. والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

كتاب الذبائح

هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح والذبح قطع الأوداج وحل ذبيحة مسلم وكتابي

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح: المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها إتلافاً في الحال للانتفاع في المآل، فإن المزارعة إتلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها، والذبح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه للانتفاع به بعد ذلك. قيل هذا إنما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة، وأجيب بأن المساقاة كالمزارعة في غالب الأحكام فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح لدخول المساقاة في المزارعة ضمناً فاكتفي بذلك. ويحتاج إلى معرفة تفسير الذكاة لغة وشرعاً وركنها وشرط جوازها وحكمها. أما تفسيرها لغة فهي إما مشتقة من الحدة يقال سراج ذكي إذا كان يراه في غاية الحدة، ويقال فلان ذكي إذا كان سريع الفهم والإدراك لحدة خاطره وفهمه، ويقال مسك ذكي إذا كان طيب الرائحة يقوم منه الريح. وإما مشتقة من الطهارة قال عليه الصلاة والسلام «دباغ الأديم ذكاة» أي طهارته وقال «ذكاة الأرض يبسها» أي طهارتها وكلا المعنيين موجود في الذكاة فإن فيها حدة من حيث إنها مسرعة إلى الموت وتطهر الحيوان عن الدماء المسفوحات والرطوبات السائلة النجسة. وأما ركنها فهو القطع والجرح. وأما شرطها فأربعة: آلة قاطعة جارحة، والثاني كون الذبح ممن له ملة حقيقة كالمسلم أو ادعاء كالكافر، والثالث كون المحل من المحللات إما من كل وجه كمأكول اللحم أو من وجه كغيره وهو ما يباح الانتفاع بجلده وشعره، والرابع التسمية عندنا لما سيأتي. وأما حكمها فطهارة المذبوح وحل أكله إن كان من المأكولات، وطهارة عينه للانتفاع إذا كان لا يؤكل؛ كذا في المحيط. وأما شرعاً فهو قوله «والذبح إلى آخره». وترجم بالذبائح والظاهر أنه أراد بالذبائح الذبح الذي هو الذكاة والمؤلف أبقاه على ظاهره فلذا قال: **(هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح)** يعني الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشيء المذبوح ولا يخفى أن المناسب أن يترجم بالذبح لأن فعل والمكلف إنما يبحث عن الأفعال أولاً بالذات لا عن

وصبي وامرأة وأخرس وأقلف لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك التسمية عمداً

الأعيان إلا بطريق التبع. وقوله «جمع ذبيحة» الأولى تركه لأن الفقية لا يبحث عن الأفراد والجمع وإنما يبحث عن الأحكام. قال رحمه الله: **(والذبح قطع الأوداج)** لقوله عليه الصلاة والسلام» أفر الأوداج بما شئت» والمراد الحلقوم والمريء والودجان، وإنما عبر عنه بالأوداج تغليباً وبه يحل المذبوح لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة: ٣] ولأن المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيطهر به إن كان غير مأكول. ويقال ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب، وذكاة النار بالقصر لتمام اشتعالها وهي اختيارية واضطرارية فالأول الجرح ما بين اللبة واللحيين، والثاني الجرح في أي موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول، وإنما كان كذلك لأن الأول أبلغ في إخراج الدم من الثاني فلا يترك إلا بالعجز عنه، ويكتفي بالثاني للضرورة لأن التكليف بحسب الوسع. وذهب العراقيون من مشايخنا إلى أن الذبح محظور عقلاً لما فيه من إيلام الحيوان ولكن الشرع أحلة. قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط: وهذا عندي باطل لأنه عليه الصلاة والسلام كان يتناول اللحم قبل البعثة ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لذبحهم بأسماء آلهتهم فعرفنا أنه كان يصطاد ويذبح بنفسه وما كان يفعل ما هو المحظور عقلاً كالكذب والظلم والسفه.

قال رحمه الله: **(وحل ذبيحة مسلم وكتابي)** لقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة: ٥] والمراد به ذبائحهم لأن مطلق الطعام غير المذكى يحل من أي كافر ولا يشترط أن يكون من أهل الكتاب، ولا فرق في الكتابي بين أن يكون ذمياً أو حربياً، ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي المسيح أو عزيراً لا يحل لقوله تعالى ﴿وما أهل به لغير الله﴾ [البقرة: ١٧٣] وهو كالمسلم في ذلك فإنه لو أهل به لغير الله لا يحل. قال في العناية: الكتابي إذا أتى بالذبيحة مذبوحة أكلنا فلو ذبح بالحضور فلا بد من الشرط وهو أن لا يذكر عليها غير اسم الله. ولا فرق في الذابح بين أن يكون صبياً أو مجنوناً. قال في النهاية: المراد بالمجنون المعتوه لأن المجنون لا قصد له ولا بد من التسمية وهي القصد وهو أن يعقلها. قال رحمه الله: **(وصبي وامرأة وأخرس وأقلف)** يعني تحل ذبيحة هؤلاء. والمراد بالصبي الذي يعقل التسمية ويضبط وإن لم يكن كذلك لا يحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالعقد وصحة العقد بالمعرفة. والضبط هو أن يعلم شرائط الذبح من فري الأوداج والتسمية. والمعتوه كالصبي إذا كان ضابطاً والقلقة ولا الفراسة لا تحل بذلك فيحل والأخرس عاجز عن الذكر فيكون معذوراً وتقوم الملة مقامه كالناسي بل أولى لأنه ألزم. قال رحمه الله: **(لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك التسمية عمداً)** يعني لا تحل ذبيحة هؤلاء؛ أما المجوسي فلقوله عليه الصلاة والسلام «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا

....

آكلي ذبائحهم» لأنه ليس له دين سماوي فانعدم التوحيد اعتقاداً ودعوى. والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لأنه مشرك مثله، وأما المرتد فلأنه لا يقر على ما انتقل إليه ولهذا لا يجوز نكاح بخلاف اليهودي إذا تنصر وبالعكس أو تنصر المجوسي أو تهود لأنه يقر على ما انتقل إليه عندنا فتؤكل ذبيحته. ولو تمجس اليهودي لا تؤكل ذبيحته، ولا فرق في المرتد بين أن يرتد إلى دين اليهودية أو النصرانية أو إلى غير ذلك؛ كذا في شرح الطحاوي والمتولد بين الكتابي والمجوسي يعتبر كتابياً. وأما المحرم فالمراد به في حق الصيد لأن ذبيحته في حق الصيد لا تؤكل لأن فعله فيه غير مشروع، وكذا الحلال في حق صيد الحرم، وكذا الكتابي لو ذبح صيداً في الحرم لا يحل أكله. وأما تارك التسمية عمداً فلقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] ولقوله عليه الصلاة والسلام «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل» الحديث. وقال الشافعي: تؤكل. قيدنا بقولنا عمداً لأنه لو ترك التسمية ناسياً يحل أكلها وهو مذهب علي وابن عباس. وقال أبو يوسف والمشايخ: إن متروك التسمية عمداً لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفاً للإجماع. ولو ذبح شاتين فسمى على الأولى دون الثانية تحل الأولى دون الثانية، ولو رمى سهماً إلى صيود فأثخن الكل يكفيه تسمية واحدة وإن حصل بها ذكاة صيود كثيرة، فأما ذبح الشاة الثانية فلا بد له من تسمية ثانية حتى لو أضجع شاتين إحداهما على الأخرى وذبحهما بحديدة يحلان بتسمية واحدة، ولو أضجع شاة ليذبحها ثم ألقى تلك السكين وأخذ سكيناً أخرى لا بأس به بخلاف ما لو أخذ سهماً وسمى فوضع ذلك ورفع آخر ولم يسم لم يحل أكله لأن التسمية في الذكاة الاختيارية مشروعة على الذبح لا على آلته والذبيحة لم تتغير، وفي الذكاة الاضطرارية التسمية على الآلة لا على الذبيحة والآلة قد تغيرت. وعن أبي يوسف: ولو أضجع شاة وسمى فأرسلها وأخذ غيرها وذبحها بتلك التسمية لم تجز، ولو رمى إلى صيد فأصاب آخر يحل لما بينا. سمى واشتغل بآخر إن كان قليلاً كما لو كلم إنساناً أو شرب ماء يحل وإن كان طويلاً فلا لأن إيقاع الذبح متصل بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء ولا يمكن إلا بجرح فأقيم المجلس مقام الإتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس فيكون مذبوحاً على التسمية والكثير يقطع فيفصل بينهما فيكون مذبوحاً بغير تسمية. ولو قال بسم الله جاز نوى أو لم ينو لأنه صريح في التسمية، وظاهر حاله يدل على أنه أراد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ما لم يوجد منه الصرف عنها حتى لو أراد به التسمية على غيره كمن قال الله أكبر وأراد به إجابة الأذان لا افتتاح الصلاة ولم يصر شارعاً فيها. ولو سبح أو حمد الله أو كبر يريد به التسمية على الذبيحة تحل وإلا فلا لأن هذه الألفاظ كناية عن التسمية والكناية إنما تقوم مقام الصريح بالنية. ولو قال بسم الله بغير هاء الله إن أراد به التسمية يحل وإلا فلا لأن العرب قد تحذف حرفاً ترخيماً؛ كذا في المحيط. وفي التتمة: رجل ذبح

وحل لو ناسياً وكره أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وإن قال قبل التسمية والإضجاع جاز والذبح بين الحلقة واللبة والمذبح المريء

للضيف شاة فذكر اسم الله عليها فقال يحل أكله، ولو ذبح لأجل قدوم الأمير أو قدوم واحد من العظماء وذكر اسم الله يحرم أكله لأنه ذبحها لأجله تعظيماً له. وفي جامع الفتاوى: ذبح شاة مجوسي لأجل بيت نارهم أو ذبح كافر لآلهتهم لا تؤكل ذبيحتهم، ولا فرق في الذابح بين أن يكون ذكراً أو أنثى حراً أو عبداً صبياً أو بالغاً ناطقاً أو أخرس أو أقلف اهـ.

قال رحمه الله: **(وحل لو ناسياً)** يعني حل المذكى لو ترك التسمية ناسياً. وقال مالك رحمه الله تعالى: لا تحل لما ذكرنا من الدليل لأنه لا فصل فيه. قلنا إن النسيان مرفوع الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»[1] وفي اعتباره حرج والحرج مرفوع بالنص والنص غير مجرى على إطلاقه لأنه لو أريد به مطلقاً لما جرت المحاججة بين السلف وارتفع الخلاف بينهم وإقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي لأنه معذور لا يدل على إقامتها في حق العامد لعدم عذره، ولا يقال الآية مجملة لأنه لا يدري هل أريد به حالة الذبح أو حالة الطبخ أو حالة الأكل لأنا نقول: أجمع السلف على أن المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها. ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصداً التسمية على الذبيحة. وفي الينابيع: ولو سمي بالفارسية جاز. وفي الأصل: ولو ذبح الشاة وسمى فهو على ثلاثة أوجه: إن لم يكن له نية أو أراد التسمية على الذبيحة وفي هذين الوجهين يجوز، وإن أراد غير التسمية على الذبيحة لا يجوز. وفي الحاوي سئل أبو القاسم عمن قال بسم الله ولم يذكر الهاء قال: لا يجوز. وقال الفقيه: إن لم يقصد ترك الهاء يجوز اهـ. قال رحمه الله: **(وكره أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وإن قال قبل التسمية والإضجاع جاز)** وهذا النوع على ثلاثة أوجه: أحدها أن يذكره موصولاً من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لأن اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة، وإن قال بالخفض لا يحل؛ ذكره في النوادر. وقال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو والأوجه أن لا يعتبر الإعراب بل يجزم مطلقاً، ومن هذا النوع أن يقول اللهم تقبل من فلان لأن الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعاً عليه ولكن يكره لما ذكرنا. والثاني أن يكون موصولاً على سبيل العطف والشركة نحو أن يقول باسم الله واسم فلان أو باسم الله ومحمد بالجر تحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله لقوله تعالى ﴿وما أهل به لغير الله﴾ [البقرة: ١٧٣] ولقوله عليه الصلاة والسلام «موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس والذبح» ولو رفع المعطوف

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الطلاق باب ١٦ بلفظ «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان...».

....

على اسم الله يحل لأنه مبتدأ. واختلفوا في النصب قيل يكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة. الثالث أن يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة أو قبل التسمية أو بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني أو من فلان وهذا لا يكره لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح: اللهم تقبل هذا من أمة محمد ﷺ ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ، وكان عليه الصلاة والسلام يقول إذا أراد الذبح: اللهم هذا منك ولك إن صلاتي ونسكي الخ. والشرط هو الذكر الخالص حتى لو قال اللهم اغفر لي واكتفي لا يحل لأنه دعاء وسؤال. ولو قال الحمد ﷺ أو سبحان الله وأراد به التسمية حل، ولو عطس عند الذبح وقال الحمد لله لا يحل في الأصح لأنه أراد بذلك الحمد على النعمة دون التسمية. وذكر الحلواني أن المستحب أن يقول باسم الله الله أكبر ثلاثاً. وفي النوازل: إذا قال بسم الله ومحمد بالخفض قال بعضهم على قياس ما روي عن محمد في باب الصلاة تحرم الذبيحة، وكذا لو قال بسم الله وصلى الله على سيدنا ومحمد بالواو، ولو قال بغير واو حلت الذبيحة ولكن يكره. وفي خزانة الفقه: رجلان ذبحا صيداً وسمى أحدهما وترك الآخر التسمية لم يحرم أكله. وفي الذخيرة والينابيع: ولو ذبح شاة فسمى ثم ذبح أخرى فظن أن التسمية الأولى تجزيه عنها لم تؤكل. وفي الحاوي: جمع العصافير فذبح واحدة وسمى وذبح أخرى على أثره بتلك التسمية لا تؤكل، ولو أمر السكين عليهم بتسمية واحدة جاز. وفي شرح الطحاوي: وذبيحة أهل الكتاب إنما تؤكل إذا أتى بها مذبوحة، وإن ذبح بين يديك فإن سمى الله تعالى لا بأس بأكلها، وكذا إذا لم يسمع منه شيء، وإن سمى باسم المسيح وسمعه منه فلا يؤكل. وفي جامع الجوامع: من اشترى لحماً وعلم أنه ذبيحة مجوسي وأراد الرد فقال البائع الذابح مسلم لا يرد ويحل أكله مع الكراهية. وفيه عن أبي يوسف: ذئب أخذ حلقوم شاة وأوداجها فذبحها فأكلها إذا كانت تضطرب إذا سمى تحل ولو انفلتت الشاة أو البقرة من يده وقامت من مضجعها ثم أعادها إلى مضجعها اكتفى بتلك التسمية، وإن ذبح الذابح وسمى صاحب الأضحية أو غيره لم يجز اهـ. قال رحمه الله: **(والذبح بين الحلقة واللبة)** بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله وأعلاه وأسفله والأصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال «الذكاة في الحلق» ولأنه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجرى العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه وهو أنهار الدم. والتقييد بالحلق واللبة يفيد أنه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم لأنه أهل في غير محل الذكاة؛ ذكره في الواقعات. وفي فتاوى السمرقندي: ونقل في النهاية عن الإمام الرستغفني رحمه الله تعالى سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب أن يبقى غير ما يلي الرأس أيؤكل أم لا؟ قال: هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها، سواء كانت العقدة مما يلي الصدر أو مما يلي الرأس قال: لأن المعتبر عندنا قطع الأوداج وقد

والحلقوم والودجان وقطع الثلاث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم إلا سنا وظفراً قائمين وندب حد شفرته وكره النخع وقطع الرأس

وجد، وذكر أن شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فإنه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المريء وأصحابنا رضي الله عنهم وإن شرطوا قطع الأكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل. وإذا بقي شيء من عقدة الحلقوم مما يلي الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالإجماع. وفي الواقعات: لو قطع الأعلى أو الأسفل ثم علم بها فقطع مرة أخرى الحلقوم من قبل أن يموت ينظر؛ فإن قطع بتمامه لا يحل لأن موته بالأول أسرع منه بالقطع الثاني وإلا حل. وذكر في فتاوى أهل سمرقند قصاب ذبح شاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها اهـ.

قال رحمه الله: **(والمذبح المريء والحلقوم والودجان)** لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال «أفر الأوداج بما شئت» وهي عروق الحلق في المذبح والمريء مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس، والمراد بالأوداج كلها وأطلق عليه تغليباً. وإنما قلنا ذلك لأن المقصود يحصل بقطعهن وهو إزهاق الروح وإخراج الدم لأنه بقطع المريء والحلقوم يحصل الإزهاق، وبقطع الودجين يحصل إنهار الدم. ولو قطع الأوداج وهي العروق من غير قطع المريء والحلقوم لا يموت فضلاً عن التوجه فلا بد من قطعهما ليحصل التوجه، ولا بد من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل إنهار الدم. وفي المحيط: والمريء وهو مجرى النفس، والودجان مجرى الدم، والحلقوم مجرى الطعام والشراب. ولو خر عنق شاة بسيف من قبل الأوداج وسمى يحل لأنه أتى بالذكاة وزيادة وقد أساء لأنه جاوز النخاع اهـ. قال رحمه الله: **(وقطع الثلاث كاف)** والاكتفاء بالثلاث مطلقاً هو قول الإمام وقول أبي يوسف أولاً، وعن أبي يوسف أنه يشترط قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين، وعن محمد لا بد من قطع الأكثر من كل واحد من هذه الأربعة، وأجمعوا أنه يكتفي بقطع الأكثر من هذه العروق الأربعة، فأما الحلقوم والمريء فمخالفان للأوداج ولك واحد منهما مخالف للآخر فلا بد من قطعهم، وأبو حنيفة يقول الأكثر يقوم مقام الكل. وفي التتمة سئل أبو علي عن انتزاع السبع رأس الشاة وفيها حياة هل تحل بالذكاة وإن كانت تتحرك قال رحمه الله: **(ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم إلا سنا وظفراً قائمين)** يعني يكفي في الحل بما ذكر لقوله عليه الصلاة السلام «كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج» ولقوله عليه الصلاة والسلام «أفر الأوداج بما شئت» وما روي من المنع في الظفر والسن محمول على غير المشروع فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك إظهاراً للجلد والمشروع آلة جارحة فيحصل به المقصود وهو إنهار الدم. والليطة القصب الفارسي، والمروة الحجر الذي له حد، والدليل على جواز الذبح بهما ما روي عن عدي بن حاتم قال قلت: يا رسول الله نجد الصيد وليس معنا سكين إلا المروة

والذبح من القفاء وذبح صيد استأنس وجرح نعم توحش أو تردى في بئر وسن نحر

وسقبة العصا فقال عليه الصلاة والسلام: أفر الأوداج بما شئت واذكر اسم الله. رواه البخاري. والظفر والسن المنزوع آلة جارحة بخلاف غير المنزوع لأن الذبح به يكون بالثقل لا بالآلة اهـ. قال رحمه الله: **(وندب حد شفرته)** لقوله عليه الصلاة «إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته» رواه مسلم وغيره. ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أضجع الشاة وهو يحد شفرته لقد أردت أن تميتها موتتين هلا حددتها قبل أن تضجعها الحديث. والآلة على ضربين: قاطعة وغير قاطعة، والقاطعة على ضربين: حادة وكليلة؛ فالحادة اختيارية وضرورية، فالحادة يجوز الذبح بها من غير كراهة، والكليلة يجوز الذبح بها ويكره لما مر من الإبطاء في الإراقة؛ كذا في المحيط. قال رحمه الله: **(وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفاء)** النخع هو أن يصل إلى النخاع وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة وهو بالفتح والضم لغة فيه. قال في النهاية: ومن قال هو عرق أبيض فقدسها. واعترضه صاحب العناية أن من سمى بما ذكر لم يغلط لأن أهل اللغة ذكروه بلفظ الخيط وإنما كره لنهيه عليه الصلاة والسلام عن أن ننح الشاة إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا. وقيل: أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها، وقيل أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه. وفي قطع الرأس زيادة تعذيب فيكره، ويكره أن يجر ما يريد ذبحه وأن يسلخ قبل أن يبرد ويؤكل في جميع ذلك لأن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم فلا يوجب الحرمة. ويكره أن يذبحها موجهة لغير القبلة لمخالفة السنة في توجيهها للقبلة وتؤكل وفي الذبح من القفا زيادة ألم فيكره، ويحل لما ذكرنا إذا بقيت حية حتى يقطع العروق لتحقق الموت بالذكاة، وإن ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة.

قال رحمه الله: **(وذبح صيد استأنس وجرح نعم توحش أو تردى في بئر)** الواو عاطفة على قوله «وحل ذبيحة مسلم وذبح صيد» يعني وحل أكل صيد استأنس بالذبح وهو الذكاة الاختيارية لقدرته عليها، وحل أكل نعم توحش أو تردى بالجرح لعجزه عن الذكاة الاختيارية. هذا إذ علم أنه مات من الجرح، وإن علم أنه لم يمت من الجرح لم يؤكل» فإن أشكل ذلك أكل لأن الظاهر الموت به، وكذا الدجاجة إذا تعلقت على شجرة وخاف موتها صارت ذكاتها بالجرح. وفي الكتاب: أطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى فشمل ما إذا كان في المصر والصحراء، وعن محمد أن الشاة إذا ندت في المصر لا تحل بالعقر وإن ندت في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن الذكاة الاختيارية، وفي البقر والإبل يتحقق العجز سواء ندت في المصر أو في الصحراء فتحل بالعقر. والصائل كالناد إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى حل أكله خلافاً لمالك. ولنا ما روي

الإبل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل ولم يذك جنين بذكاة أمه.

أنه عليه الصلاة والسلام كان في سفر فند بعير من الإبل ولم يكن معهم حبل فرماه رجل منهم فقال رسول الله ﷺ: إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها فافعلوا به هكذا. رواه البخاري ومسلم. ولأنه قد تحقق العجز عن الذكاة الاختيارية فصار إلى البدل. وفي النوازل: لو أن بقرة تعسر عليها الولادة فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله، وإن جرحها في غير موضع الذبح إذا كان لا يقدر على ذبحه يحل، وإن كان يقدر لا يحل اهـ. وفي المحيط: فإن أصاب قرنه أو ظفره أو حافره فإن أدماه ووصل للحم حل أكله وإلا فلا لأن الذكاة تصرف في محل الحياة، وإن أبان عنه غير الرأس فمات يؤكل كله إلا ما أبان من الحي فهو ميت ولا يظهر فيه حكم الذكاة ولا كذلك إذا بان الرأس لأنه لا يتصور حياة الجسد مع إبانة الرأس. وإن تعلق منه جلدة فإن كان يلتئم ويتدبل لو تركه حل أكله وإلا فهو مبان، ولو قطع الصيد نصفين طولاً وعرضاً حل، ولو أبان طائفة من الناس البدن إن كان أقل من النصف لا يحل المبان، وإن كان النصف يصح كلاهما اهـ. قال رحمه الله: **(وسن نحر الإبل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل)** وإنما كان هذا الفعل مسنوناً لأنه هو المنقول عن رسول الله ﷺ. قال الله تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾ [البقرة: ٦٧] وقال تعالى ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر: ٢] قالوا: المراد نحر الجزور، وفي البقر والغنم الذبح أيسر، وفي الإبل النحر أيسر وإنما كره العكس لترك السنة. والنحر قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر، والذبح قطع العروق من أعلى العنق تحت اللحيين. وفي الجامع الصغير: والسنة في النحر أن ينحر قائماً. وفي الشاة والبقر أن تذبح مضطجعة اهـ. وفيه أيضاً: ولا بأس بالذبح في الحلق كله أسفله وأوسطه وأعلاه لأن ما بين اللبة واللحيين وهو الحلق ولأن كله مجتمع العروق فصار حكم الكل واحداً. فإن قلت: هذا ينافي في ما تقدم من التقييد قلنا: لا لأن النحر في أسفله. قال رحمه الله: **(ولم يذك جنين بذكاة أمه)** يعني لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند الإمام وزفر والحسن رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة أخر: إذا تم خلقه حل أكله بذكاتها لقوله عليه الصلاة والسلام «ذكاة الجنين ذكاة أمه»[١] ولقوله عليه الصلاة والسلام لما قيل له إنا ننحر الناقة ونذبح الشاة وفي بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله؟ قال: كله إن شئت فإن ذكاته ذكاة أمه. ولأنه جزء من أمه حقيقة لكونه متصلاً بها وحكماً حتى يدخل في الأحكام الواردة على الأم من البيع والهبة والعتق. وللإمام قوله تعالى ﴿إنما حرم عليكم الميتة﴾ [البقرة: ١٧٣] وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة والجنين مات حتف أنفه فيحرم بالكتاب. ويكره ذبح الشاة إذا

---

(١) رواه الترمذي في كتاب الصيد باب ١٠. أبو داود في كتاب الأضاحي باب ١٧. ابن ماجه في كتاب الذبائح باب ١٥. الدارمي في كتاب الأضاحي باب ١٧. أحمد في مسنده (٣/ ٣١، ٣٩).

فصل فيما يحل ولا يحل

ولا يؤكل ذو ناب ولا مخلب من سبع وطير وحل غراب الزرع لا الأبقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الأهلية والبغل وحل

تقارب ولادتها لأنه يضيع ما في بطنها. الدجاجة إذا تعلقت فرماها وأصابها ينظر؛ إن كان لا يهتدي إلى منزله حل أكله لأنه عجز عن الذكاة الاختيارية، وإن كان يهتدي ذكر الفقيه أبو الليث إن أصاب المذبح حل وإن أصاب غيره فعند محمد لا يحل وعن غيره يحل اهـ. والله تعالى أعلم.

فصل فيما يحل ولا يحل

لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول إذا المقصود الأصل من شرع الذبائح التوصل إلى الأكل، وقدم الذبح لأنه وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر. قال رحمه الله: **(ولا يؤكل ذو ناب ولا مخلب من سبع وطير)** يعني لا يحل أكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير لما روى ابن عبّاس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ نهى عن أكل ذي ناب ومخلب من سبع وطير. رواه مسلم والجماعة. والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة، والمراد بذي المخلب ما له مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد، ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب هو سباع الطير لأن كل ما له مخلب وهو الظفر كما أريد به في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ما له ناب، ولأن طبيعة هذه الأشياء مذمومة شرعاً فيخشى أن يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم إكراماً لبني آدم، وهو نظير ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال «لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يغذي» ويدخل في الحديث الضبع والثعلب لأن لهما ناباً، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلها محمول على الابتداء. ويدخل فيه الفيل أيضاً لأنه ذو ناب ولليربوع وابن عرس من سباع الهوام والرخمة والبغاث لأنهما يأكلان الجيف. والرخم جمع رخمة وهو طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الأنوف. والبغاث طائر إلى الغبرة دون الرخم بطيء الطيران؛ كذا في الصحاح. قال: والسباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والفيل والقرد واليربوع وابن عرس والنسور الأهلي والبري ومن الطير الصقر والباز والعقاب والنسر والشاهين اهـ. قال رحمه الله: **(وحل غراب الزرع)** لأنه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث. قال رحمه الله: **(لا الأبقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الأهلية والبغل)** يعني هذه الأشياء لا تؤكل؛ أما الغراب الأبقع فلأنه يأكل الجيف فصار كسباع الطير. والغراب ثلاثة أنواع: نوع يأكل الجيف فحسب فإنه لا يؤكل، ونوع يأكل الحب فحسب فإنه يؤكل، ونوع يخلط بينهما وهو أيضاً يؤكل عند

الإمام وهو العقعق لأنه يأكل الدجاج. وعن أبي يوسف أنه يكره أكله لأنه غالب أكله الجيف والأول أصح. قال في النهاية: ذكر في بعض المواضع أن الخفاش يؤكل، وذكر في بعضها أنه لا يؤكل لأن له ناباً. وأما الضبع فلما روينا وبينا ولأنه يؤكل الجيف فيكون لحمه خبيثاً. وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلأنها من الخبائث وقد قال تعالى ﴿ويحرم عليكم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧] وما روي من الإباحة محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لأنه لم يكن محرماً في الابتداء إلا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى ﴿قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما﴾ [الأنعام: ١٤٥] إلى آخر الآية. ثم حرم بعد ذلك أشياء. وأما الحمر الأهلية فلما روى البخاري رحمه الله تعالى حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية. وأما البغل فلأنه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرساً فعلى الخلاف المعروف في الخيل لأن المعتبر هو الأم. قال رحمه الله: **(وحل الأرنب)** لأنه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدي إليه مشوياً. رواه أحمد والنسائي. ولأنه ليس من السباع ولا يؤكل الجيف فأشبه الظبي.

قال رحمه الله: **(وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده إلا الآدمي والخنزير)** وقال الشافعي رحمه الله تعالى: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأن أثر الذكاة في إباحة اللحم أصل وفي طهارته وطهارة الجلد تبع ولا تبع بدون الأصل فصار نظير ذبح المجوس. ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات النجسة فإذا زالت طهرت كما في الدباغ، وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي غير معتد به فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضاً حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده. وهل يجوز الانتفاع به لغير الأكل؟ قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فإنه ينتفع به في غير الأكل. والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والآدمي لكرامته، وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد مر في كتاب الطهارة اهـ.

قال رحمه الله: **(ولا يؤكل مائي السمك غير طاف)** وقال مالك رحمه الله تعالى: يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والآدمي، وعن الشافعي رحمه الله تعالى أباح ذلك كله. وقال صاحب الهداية: والخلاف في الأكل والبيع واحد وينبغي أن يجوز بيعه بالإجماع لطهارته. لهم قوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ [المائدة: ٩٦] من غير فصل ولأنه لا دم في هذه الأشياء لأن الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك. وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد في الغزو فألقى البحر حوتاً ميتاً يقال له العنير فأكلنا منه نصف شهر قال: فلما قدمنا المدينة وذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: كلوا رزقاً أخرجه الله لكم أطعمونا إن كان معكم الحديث. ولنا قوله تعالى ﴿ويحرم عليكم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧] وهذا منها. قال في النهاية: إن كراهة الخبائث تحريمية وما سوى السمك

السمك غير طاف وحل بلا ذكاة كالجراد ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حلت

خبيث. ونهى عليه الصلاة والسلام عن دواء اتخذ فيه الضفدع، ونهى عن بيع السرطان. والميتة المذكورة فيما تلي محمولة على حالة الاضطرار وهو مباح فيما لا يحل أكله والميتة والمذكاة فيهما سواء، وقوله عليه الصلاة والسلام «أحل لنا ميتتان السمك والجراد ودمان الكبد والطحال» لا دليل لهم في هذا الحديث لأن بالميتة ما ألقاه البحر حتى يكون موته مضافاً إلى البحر ولا يتناول ما مات فيه بمرض أو نحوه. وأما الطافي فيكره أكله لقوله جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال «ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفى فلا تأكلوه» وهو حجة على مالك في إباحة الطافي فالأصل في هذا ما عرف سبب موته كلفظ البحر أو يحبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة بحيث يمكن أخذه من غير حيلة أو ابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء إياها أو إجماد الماء عليها حل أكلها لأن سبب موتها معلوم. ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده أو انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد إن ان رأسه على الماء لا يؤكل، وإن كان ذنبه في الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لأن خروج رأسه من الماء سبب لموته فكان معلوماً بخلاف خروج ذنبه، فحاصله أن الشرط فيه أن يعلم سبب موته حتى لو أبان عضواً يضره فإنه يؤكل ويؤكل العضو أيضاً. قال رحمه الله: **(وحل بلا ذكاة كالجراد)** يعني يحل السمك بلا ذكاة كالجراد لما روينا. قال رحمه الله: **(ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حلت والألم يدر حياته)** لأن الحياة أو خروج الدم لا يكونان إلا من الحي لأن الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما دليل الحياة فيحل، وعدمهما علامة الموت فلا يحل. وذكر محمد بن مقاتل: إن خرج الدم ولم تتحرك لا تحل لأن الدم لا يجمد عند الموت فيجوز بخروج الدم وهذا سيأتي في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذئب بطنها لأن ذكاة هذه الأشياء تحلل وإن كانت حياته خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة: ٣] وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها تحل إذا كانت بحال تعيش يوماً لولا الذكاة. وعن الثاني: إن كان لا يعيش مثلها لا تحل. وعن محمد: إن كانت بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل وإلا فلا. ولو ذبح شاة مريضة ولم يتخرك منها إلا فرهها قال محمد بن سلمة: إن فتحت فاها لا تؤكل وإن ضمته تؤكل، وإن فتحت عينها لا تؤكل، وإن ضمت عينها أكلت، وإن مدت رجلها لا تؤكل وإن ضمتها تؤكل، وإن قام شعرها تؤكل وإن نام لا تؤكل، وهذا صحيح لأن الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لأنها استرخاء، وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليس باسترخاء بل حركات تختص بالحي فتدل على الحياة. وفي السراجية: إذا شق الذئب بطن الشاة ولم يبق فيها من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح بعد الذبح فذبحت حلت وعليه الفتوى اهـ. ولو ذبحت شاة على سطح فوقعت فماتت تحل لأنها صارت مذكاة بقطع محل

والألم يدر حياته وإن علم حياته وإن لم تتحرك ولم يخرج الدم.

الذكاة؛ كذا في المحيط. وفيه أيضاً: إذا شق الذئب بطن الشاة إن كان فيها حياة مستقرة حلت بالإجماع وإلا لا، سواء عاش أو لم يعش عند الإمام وهو الصحيح وعليه الفتوى ا هـ. قال رحمه الله: (**وإن علم حياته وإن لم تتحرك ولم يخرج الدم**) يعني إذا علم حياة الشاة وقت الذبح حلت بالذكاة تحركت أو لا، خرج منها دم أو لا؛ كذا في المحيط والله تعالى أعلم بالصواب.

كتاب الأضحية

....

كتاب الأضحية

أورده عقب الذبائح لأنها ذبيحة خاصة والذبائح عام والخاص بعد العام، وتعقب بأنهم إن أرادوا أن الخاص بعد العام في الوجود فهو ممنوع لأنه تقرر أن لا وجود للعام إلا في ضمن الخاص، وإن أرادوا في التعقل فهو إنما يكون إذا كان العام ذاتياً للخاص وكان الخاص معقولاً كما عرف وكون الأمر كذلك فيما نحن فيه ممنوع. ويمكن أن يقال: تميز الذاتي من العرضي إنما يتعسر في الحقائق النفسانية، وأما في الأمور الوضيعة والاعتبارية كما نحن فيه فكل من اعتبر داخلاً في مفهوم شيء يكون ذاتياً له ويكون تصور ذلك الشيء تصوراً له بالكلية، ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الأضحية فتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التعريف على اختيار الشق الثاني. وهو في اللغة كما في النهاية شاة نحرها تذبح في يوم الأضحية. ولا يخالفه ما في القاموس والصحاح من أنها شاة من غير لفظ نحرها لأن لفظ النحر مراد بدليل الأضحية. وتجمع على أضاحي بالتشديد ويقال أضحية وضحايا كهدية وهدايا. ويقال أضحاة وتجمع على أضحى. وعند الفقهاء كما في النهاية اسم لحيوان مخصوص وهي الشاة فصاعداً من هذه الأنواع الأربعة. والجذع من الضأن تذبح بنية القربة في يوم مخصوص اهـ. ولها شرائط وجوب وشرائط آداء وصفة، فالأول كونه مقيماً موسراً من أهل الأمصار والقرى والبوادي والإسلام شرط، وأما البلوغ والعقل فليسا بشرط حتى لو كان للصغير والمجنون مال فإنه يضحي عنه أبوه. وأما شرائط آدابها فمنها الوقت في حق المصري بعد صلاة الإمام، والمعتبر مكان الأضحية لا مكان المضحي. وسببها طلوع فجر يوم النحر، وركنها ذبح ما يجوز ذبحه وسيأتي الكلام في صفتها. واعلم أن القربة المالية نوعان: نوع بطريق التمليك كالصدقات، ونوع بطريق الإتلاف كالإعتاق والأضحية، وفي الأضحية اجتمع المعنيان فإنه يتقرب بإراقة الدم وهو إتلاف ثم بالتصدق باللحم فيكون تمليكاً اهـ.

تجب على حر مسلم موسر مقيم على نفسه لا عن طفلة شاة أو سبع بدنة فجر يوم

قال رحمه الله: **(تجب على حر مسلم موسر مقيم على نفسه لا عن طفلة شاة أو سبع بدنة فجر يوم النحر إلى آخر أيامه)** يعني صفتها أنها واجبة، وعن أبي يوسف أنها سنة. وذكر الطحاوي أنها سنة على قول أبي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي؛ لهم قوله ﷺ «إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره»[١] رواه مسلم وجماعة أخر. والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لأنهما لا يختلفان بالعبادة المالية. ودليل الوجوب قوله ﷺ «من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا»[٢] رواه أحمد وابن ماجه. ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، ولأنه عليه الصلاة والسلام أمر بإعادتها من قوله «من ضحى قبل الصلاة فليعد الأضحية»[٣] وإنما لا تجب على المسافر لأن أداءها مختص بأسباب تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه شيء لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر لأنهما لا يفوتان بمضي الزمان فلا يخرج. وأما العتيرة فذبيحة تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والإسلام في الصدر الأول ثم نسخ في الإسلام؛ كذا في الأصل. وفي المحيط: لو اشترى الفقير شاة فضحى بها ثم أيسر في آخر أيام النحر قيل عليه أن يعيدها، وقيل لا. ولو افتقر في أيام النحر سقطت عنه، كذا لو مات ولو بعدها لم تسقط؛ كذا في المحيط. قيد بالحر لأنه عبادة مالية فلا تجب على العبد لأنه لا يملك ولو ملك، وبالإسلام لأنها عبادة والكافر ليس بأهل لها، وباليسار لأنها لا تجب إلا على القادر وهو الغني دون الفقير. ومقداره مقدار ما تجب فيه صدقة الفطر وقد مر بيانه. قال في العناية أخذاً من النهاية: وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية، فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطاً كما في الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم يجب إلا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر، وهذا لأنها وظيفة مالية نظراً إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر؛ لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لأن

---

(١) رواه مسلم في كتاب الأضاحي حديث ٣٩، ٤١. ابن ماجه في كتاب الأضاحي باب ١١. الدارمي في كتاب الأضاحي باب ٢. أحمد في مسنده (٦/ ٢٨٩).

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب الأضاحي باب ٢. أحمد في مسنده (٢/ ٣٢١).

(٣) رواه ابن ماجه في كتاب الأضاحي باب ١٢. أحمد في مسنده (٤/ ٣١٣).

....

القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق والمضحي إذا تصد باللحكم فقد حصل النوعان أعني التمليك والإتلاف بإراقة الدم، وإن لم يتصدق حصل الأخير إلى هنا لفظ العناية. وفي المحيط: لو زكى نصابه ثم مر عليه أيام النحر ونصابه ناقص عليه الأضحية ولا يعد فقيراً بأداء الزكاة في هذ السنة لأن قدر المؤدي يعد قائماً شرعاً، ولو انتقص في أيام النحر بغير الزكاة سقطت عنه الأضحية لأن المؤدي لا يعد قائماً حكماً فيعد فقيراً.

وقوله «عن نفسه» لأنه أصل في الوجوب عليه وقوله «لا عن طفله» يعني لا يجب عليه عن أولاده الصغار لأنها عبادة محضة بخلاف صدقة الفطر، والأول ظاهر الرواية. وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه من ماله أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة. وقال محمد وزفر والشافعي رحمه الله تعالى: من مال الأب لأن الإراقة إتلاف والأب لا يملكه في مال الصغير كالإعتاق، والأصح أنه يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكن ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه، كذا ذكره صاحب الهداية. وفي الكافي: الأصح أنه لا يجب ذلك وليس للأب أن يفعله من مال الصغير. وقوله «شاة أو سبع بدنة» بيان للقدر الواجب والقياس أن لا يجوز إلا البدنة كلها إلا عن واحد لأن الإراقة قربة لا تتجزى إلا أنا تركناه بالأثر وهو ما روي عن جابر رضي الله تعالى عنه قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس، وتجوز عن ستة أو خمسة أو أربعة أو ثلاثة، ذكره في الأصل لأنه لما جاز عن سبعة فما دونها أولى. ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من سبع بدنة لا يجوز عن الكل لأن بعضه إذا خرج عن كونه قربة خرج كله، ويجوز عن اثنين نصفاً في الأصح، وإذا جاز عن الشركة يقسم اللحم بالوزن لأنه موزون. وإذا قسموا جزافاً لا يجوز إلا إذا كان معه شيء آخر من الأكارع والجلد كالبيع لأن القسمة فيها معنى المبادلة. ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي ثم اشترك فيها معه ستة أجزأه استحساناً، والقياس لا يجزئ وهو قول زفر لأنه أعدها قربة فيمتنع بيعها. وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء، ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعاً، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء، وعن الإمام مثل قوله زفر. قال القدوري: الواجب على مراتب بعضها آكد من بعض، ووجوب سجدة التلاوة آكد من وجوب صدقة الفطر، وصدقة الفطر وجوبها آكد من وجوب الأضحية. وفي الخانية: الموسر في ظاهر الرواية من له مائتا درهم أو عشرون ديناراً أو ما بلغ ذلك سوى سكنه ومتاعه ومركبه وخادمه الذي في حاجته. وفي الأصل: ولو جاء يوم الأضحية ولا مال ثم استفاد مائتي درهم ولا دين عليه فعليه الأضحية. ولو كان له عقار ملك قيمة العقار مائة درهم، والزعفراني والفقيه علي الرازي اعتبر القيمة وأوجبا الأضحية. ولو كان له أرض يدخل عليه منها قوت السنة فعليه الأضحية حيث كان القوت يكفيه ويكفي عياله، وإن كان

....

لا يكفيه فهو معسر. وإن كان العقار وقفاً ينظر؛ إن وجب له في أيام النحر قدر مائتي درهم فعليه الأضحية وإلا فلا. رواه ابن سماعة عن محمد عن الإمام. وعنه أنه لا يجب إذا زاد على مائتين. والمرأة تعتبر موسرة بالمهر إذا الزوج ملياً عندهما، وعند الإمام لا تعتبر ملية بذلك. وإن كان خباز عنده حنطة قيمتها مائتا درهم فعليه الأضحية، وإن كان عنده مصحف قيمته مائتا درهم وهو ممن يحسن القراءة فيه فلا أضحية عليه، سواء كان يقرأ فيه أو لا يقرأ فيه، وإن كان لا يحسن أن لا يقرأ فيه فعليه الأضحية. وفي الكافي عن الحسن عن الإمام يجب عليه أن يضحي عن ولده وولد ولده الذي لا أب له؛ والفتوى على أنه لا يجب عليه. وذكر الصدر الشهيد في شرح الأضاحي عن الزعفراني فميا إذا ضحى الأب عن الصغير من ماله فعلى قول محمد وزفر يجب الضمان عليه، وعلى قول الإمام أبي يوسف لا يضمن ومثله الوصي. وفي الينابيع: والمعتوه والمجنون بمنزلة الصبي، والذي يجن ويفيق كالصحيح، ولو كان المجنون موسراً يضحي عنه وليه من ماله في الروايات المشهورة، وروي أن الأضحية قبل أن يضحي بها لا تجب في مال المجنون. وفي المنتقى: اشترى شاة ليضحي بها فمات في أيام الأضحية قبل أن يضحي بها فله أن يبيعها، ومن كان غائباً عن ماله في أيام الأضحية فهو فقير، ولا يخفى أن الأضحية تصير واجبة بالنذر، فلو قال كلاماً نفسياً لله علي أن أضحي بهذه الشاة ولم يذكر بلسانه شيئاً فاشترى شاة بنية الأضحية إن كان المشتري غنياً لا تصير واجبة باتفاق الروايات فله أن يبيعها ويشتري غيرها، وإن كان فقيراً ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في ظاهر الرواية تصير واجبة بنفس الشراء، وروى الزعفراني عن أصحابنا لا تصير واجبة. وأشار إليه شمس الأئمة السرخسي في شرحه وإليه مال شمس الأئمة الحلواني في شرحه وقال: إنه ظاهر الرواية. ولو صرح بلسانه والمسألة بحالها تصير واجبة بشراء نية الأضحية إن كان المشتري فقيراً. وفي الخانية: اشترى شاة للأضحية ثم باعها واشترى أخرى في أيام النحر فهذا على وجوه ثلاثة: الأول اشترى شاة ينوي بها الأضحية لا تصير أضحية ما لم يوجبها بلسانه وبه أخذ أبو يوسف وبعض المتأخرين. وفي الكبرى: قال إن فعلت كذا فللّه علي أن أضحي لا يكون يميناً. رجل اشترى أضحيته وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فأوجبها ثم وجد الأولى؛ إن كان أوجب الثانية بلسانه فعليه أن يضحي بهما، وإن أوجبها بدلاً عن الأولى فعليه أن يذبح أيهما شاء ولم يفصل بين الفقير والغني، وفي فتاوى أهل سمرقند: الفقير إذا أوجب شاة على نفسه هل يحل له أن يأكل منها؟ قال بديع الدين: نعم. وقال القاضي برهان الدين: لا يحل. وفي فتاوى أهل سمرقند: الفقير إذا اشترى شاة للأضحية فسرقت فاشترى مكانها ثم وجد الأولى فعليه أن يضحي بهما، ولو ضلت فليس عليه أن يشتري أخرى مكانها، وإن كان غنياً فعليه أن يشتري أخرى مكانها. وفي الواقعات: له مائتا درهم فاشترى بعشرين درهماً أضحية يوم الثلاث وهلكت يوم الأربعاء وجاء يوم

النحر إلى آخر أيامه ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره ويضحي بالجماء والخصي

الخميس الأضحى ليس عليه أن يضحي لفقره يوم الأضحى. وفي الفتاوى العتابية: إذا انتقص نصابه يوم الأضحى سقط عنه الزكاة. وعن ابن سلام: وكل رجلين أن يشتري كل منهما أضحية فاشتريا يجب عليه أن يضحي بهما. وفي المحيط: ولو اشترى شاتين للأضحية فضاعت إحداهما فضحى بالثانية ثم وجدها في أيام النحر فلا شيء عليه لأنه لم يتعين أحدهما وأيهما ضحى بها فهي المعينة، ولو ضحى الفقير ثم أيسر أعاد. وفي رواية وإذا اشترى شاة للأضحية ثم باعها جاز البيع. وفي الأصل: رجل أوجب على نفسه عشر أضاح قالوا لا يلزمه إلا شاتان. قال الصدر الشهيد في واقعاته: والظاهر أنه يجب الكل. وفي الظهيرية: والصحيح أنه يجب الكل. وفي الحاوي: ولو اشترى شاة ولم يرد أن يضحي بها بل للتجارة ثم نوى أن يضحي بها ومضى أيام النحر لا يجب عليه أن يتصدق بها. وعن محمد بن سلمة: لو ضحى بشاتين لا تكون الأضحية إلا واحدة. وفي المحيط: الأصح أن تكون الأضحية بهما. وعن الحسن عن أبي حنيفة: لا بأس بالأضحية بالشاة أو بالشاتين. قال الفقيه: وبه نأخذ.. وفي الأصل: الناذر لا يأكل مما نذره ولو أكل فعليه قيمة ما أكل. وفي أضاحي الزعفراني: إن قال لله علي أن أضحي بشاة في أيام النحر؛ فإن كان موسراً فعليه أن يضحي بشاتين إلا أن يعين بالإيجاب ما يجب عليه، فإن كان فقيراً فعليه شاة. وفي السراجية: إذا قال لله علي أن أضحي بشاة فضحى ببدنة أو ببقرة جاز ا هـ. وفي الشارح: إذا نذروا أراد بها الواجب عليه لا يلزمه غيرها، وإن أراد الواجب بسبب الغنى يلزمه غيرها ا هـ.

قال رحمه الله: **(ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره)** يعني لا يجوز لأهل المصر أن يذبحوا الأضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد ويجوز لأهل القرى والبادية أن يذبحوا بعد صلاة الفجر قبل أن يصلي الإمام صلاة العيد، والأصل في ذلك قوله ﷺ «من ذبح قبل صلاة الإمام فليعد ذبيحته، ومن ذبح بعد صلاة الإمام فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين» قال صاحب النهاية: هذا يشير إلى ما ذكر في المبسوط حيث قال: لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت. وقال عليه الصلاة والسلام «أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية» وهذا ظاهر في حق من عليه الصلاة فبقي غيره على الأصل فيذبح بعد طلوع الفجر وهو حجة على الشافعي ومالك في نفيهما الجواز بعد صلاة العبد قبل نحر الإمام. والمعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر، وفي العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة. وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر في موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيضحي فيه كما طلع الفجر لأن وقتها من طلوع الفجر وإنما أخرت في حق المصر لما ذكرنا، ولأنها تشبه الزكاة فيعتبر في الأداء مكان المحل وهو المال لإمكان الفاعل بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لأنها تتعلق بالذمة والمال

....

ليس بمحل لها. ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة أجزأه استحساناً لأنها صلاة معتبرة، ولو ذبح بعدما قعد الإمام قدر التشهد قبل أن يسلم لم يجز خلافاً للحسن. وفي المراد: لو ضحى بعد أن تشهد قبل أن يسلم الإمام جازت الأضحية. وفي العتابية: وهو الأصح من غير إساءة. وفي غيره: وهو المختار. ولو ضحى بعد أن يتشهد الإمام لم يجز عندنا. وفي رواية جاز وقد أساء والأول أصح. وفي الأجناس: لو صلى الإمام صلاة العيد على غير طهارة لم يعلموا حتى عاد وذبح الناس جاز عن أضحيتهم، ولو علموا قبل أن يتفرقوا تعاد الأضحية، وقيل لا تعاد والأول هو المختار والمأخوذ به، ومتى علم الإمام ذلك ونادى بالصلاة ليعيدها فمن ذبح قبل أن يعلم ذل الإمام أجزأه، ومن ذبح بعد العلم قبل الزوال لا يجوز، وإن ذبح بعد الزوال جاز، ولو لم يصل الإمام صلاة العيد في اليوم الأول أخروا الأضحية إلى الزوال ثم ذبحوا، ولا تجزيهم التضحية إذا لم يصل الأمام إلا بعد الزوال وكذا في اليوم الثاني الحكم كالأول كذا في المحيط. وذكر فيه أيضاً أن التضحية في الغد تجوز قبل الصلاة لأنه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الأول والصلاة في الغد تقع قضاء لا أداء فلا يظهر هذا في حق الأضحية. وقال: هكذا ذكر القدوري في شرحه. ولو صلى ثم تبين أنه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الأضحية، ولو وقع أنه في بلد فتنة ولم يبق فيها والي ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر أجزأهم، ولو شهدوا عند الإمام أنه يوم العيد فضحى بعد الصلاة ثم انكشف أنه يوم عرفة أجزأهم الصلاة والتضحية لأنه لا يمكن الاحتراز عن مثل هذا. ووقتها ثلاثة أيام أولها أفضلها ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في الظلمة. وأيام النحر ثلاثة. وأيام التشريق ثلاثة والكل تمضي بمضي أربعة أيام أولها نحر لا غير، وآخرها تشريق لا غير، والمتوسطان نحر وتشريق. والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمنها لأنها تقع واجبة إن كان غنياً، وسنة إن كان فقيراً. والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي أفضل لأنها تفوت بفوات أيامها، ولو لم يضح حتى مضت أيامها وكان غنياً وجب عليه أن يتصدق بالقيمة، سواء اشتراها أو لم يشترها. وإن كان فقيراً فإن كان اشتراها وجب عليه التصدق بها، ولو ذبح بعد الزوال يوم عرفة وهو يرى أنه يوم عرفة ثم ظهر أنه يوم النحر يجزيه، وفي سائر الأوقات جعل الليل سابق على النهار إلا في يوم عرفة فهي متأخرة عنها وليلة النحر الأول هي ليلة النحر الثاني، وليلة النحر الثاني هي ليلة النحر الثالث، وليلة النحر الثالث هي ليلة الفجر الثالث عشر حتى يجوز الذبح فيها قبل طلوع الفجر؛ كذا في المحيط. وفي النوازل: الإمام إذا صلى العيد يوم عرفة وضحى الناس فهذا على وجهين: إما أن شهد عند الشهود أولاً بأنه يوم النحر ففي الأول تجوز الصلاة والأضحية. وفي الثاني لا تجوز. ولو شكوا في يوم النحر فصلى بهم الإمام وضحوا ثم علموا في الغد أنه يوم عرفة فإنه عليه إعادة الصلاة والأضحية جميعاً. وفي

والتولاء لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء ومقطوعة أكثر الإذان أو الذئب أو

العتابية، شهدوا بعد الزوال أنه يوم النحر ضحوا وإن شهدوا قبل الزوال لم يجز إلا إذا زالت. وفي التجريد: لو صلى ولم يخطب جاز الذبح. وفي الكبرى: مصري وكل وكيلاً بأنه يذبح شاة لو خرج إلى السواد فأخرج الوكيل الأضحية إلى موضع لا يعد من المصر وذبحها هناك؛ فإن كان الموكل في السواد جازت الأضحية، وإن كان عاد إلى المصر وعلم الوكيل بقدومه لم تجز الأضحية عن الموكل بلا خلاف، وإن لم يعلم بعود الموكل إلى المصر فكذا عن محمد، وعند أبي يوسف يجوز وهو المختار ا هـ. وفي المحيط: ولو ذبح بعد ما صلى أهل الجبانة قبل أن يصلي أهل المسجد يجوز قياساً واستحساناً ا هـ.

قال رحمه الله: **(ويضحي بالجماء)** التي لا قرن لها يعني خلقة لأن القرن لا يتعلق به مقصود، وكذا مكسورة القرن بل أولى. قال رحمه الله: **(والخصي)** وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو أولى لأن لحمه أطيب وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين موجوأين. الأملح الذي فيه ملحة وهو البياض الذي فيه شعيرات سود وهو من لون الملح، والموجوء المخصي من الوجء وهو أن يضرب عروق الخصية بشيء. وفي المحيط: وتجوز الجرباء وفي تجوز الحاوي: الجرباء إذا كانت سمينة ا هـ. قال رحمه الله: **(والتولاء)** وهي المجنونة لأنه يخل بالمقصود إذا كانت تعتلف، فإن كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز لأنه لا يخل بالمقصود قال: ولا يجوز بالهتماء التي لا أسنان لها إن كانت لا تعتلف، وإن كانت تعتلف جاز وهو الصحيح، ولا الجلالة التي تأكل العذراء ولا تأكل غيرها، ولا مقطوعة الضرع ولا التي لا تستطيع أن ترضع ولدها، ولا التي ييبس ضرعها، ولا مقطوعة الأنف والذنب والطرف؛ كذا في المحيط. قال رحمه الله: **(لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء)** أي التي لا تمشي إلى المنسك أي إلى المذبح لما روي عن البراء بن عازب أن عليه الصلاة والسلام قال أربع لا تجوز في الأضاحي: «العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء البين ضلعها، والكسيرة التي لا تنقى»[1] رواه أبو داود والنسائي وجماعة أخر وصححه الترمذي. وفي الحاوي قال مشايخنا: العرجاء التي تمشي بثلاثة قوائم وتجافي الرابع عن الأرض لا تجوز الأضحية بها، وإن كانت تضع الرابع على الأرض وتستعين به إلا أنها تتمايل مع ذلك وتضعه وضعاً خفيفاً يجوز، وإن كانت ترفعه رفعاً أو تحمل المنكسر لا تجوز. وفي الخانية: وكذا الحولاء التي في عينها حول، ولا تجوز المنفسخة العين وهي التي غارت عينها ا هـ. قال رحمه الله: **(ومقطوعة أكثر الإذان أو الذنب أو العين أو الألية)** لقول علي

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الأضاحي باب ٦. النسائي في كتاب الضحايا باب ٦. ابن ماجه في كتاب الأضاحي باب ٨.

العين أو الألية والأضحية من الإبل والبقر والغنم وجاز للثني من الكل والجذع من

رضي الله تعالى عنه: أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء. رواه أبو داود والنسائي وغيرهما وصححه الترمذي. المقابلة قطع من مقدم ذنبها، والمدابرة قطع من مؤخر أذنها، والشرقاء أن يكون الخرق في أذنها طويلاً، والخرقاء أن يكون عرضاً وإن بقي أكثر الإذن جاز، وكذا أكثر الذنب لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهاباً، وهذا لأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفواً. وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الثلث إذا ذهب وبقي الثلثان يجوز، وإن ذهب أكثر من الثلث لا يجوز لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير إجازة الورثة فاعتبر قليلاً وفيما زاد لا ينفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيراً، ويروى عنه الربع لأنه يحكي حكاية الكل. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقي أكثر من النصف أجزأه اعتباراً للحقيقة وهو اختيار أبي الليث. وقال أبو يوسف: أخبرت بقولي أبي حنيفة فقال: قولي هو قولك. قيل هو رجوع إلى قول أبي يوسف، وقيل معناه قولي قريب من قولك. وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما، وتأويل ما روينا إذا كان بعض الآذان مقطوعاً على اختلاف الروايتان لأن مجرد الرد الشق من غير ذهاب شيء من الأذن لا يمنع، ثم في معرفة مقدار الذاهب والباقي يتيسر في غير العين وفي العين قال: تسدعينها المعيبة بعد أن جاعت ثم يقرب إليها العلف قليلاً قليلاً فإذا رأته في موضع علم ذلك الموضع ثم تسدعينها الصحيحة ويقرب العلف إليها شيئاً فشيئاً حتى إذا رأته من مكان علم عليه، ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فإن كان نصفاً أو ثلثاً أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر. وفي الشرح: ولو أوجب الفقير على نفسه أضحية بغير عينها فاشترى أضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لأنه وجب عليه أضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر، ولو كانت معينة وقت الشراء جاز ذبحها لما ذكرنا، ولو أضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأته استحساناً، ولو بقيت في هذه الحالة فانقلبت ثم أخذها من فورها، وكذا بعد فورها عند محمد خلافاً لأبي يوسف. وفي الخانية: عشرة من الرجال اشتروا من رجل عشرة شياه جملة واحدة فضارب العشرة شركة بينهم فأخذ كل واحد منهم شاة وضحى بها عن نفسه جاز، فإذا ظهر منها شاة عوراء وأنكر كل واحد من الشركاء أن تكون العوراء له لا تجوز أضحيتهم ا هـ.

قال رحمه الله: **(والأضحية من الإبل والبقر والغنم)** لأن جواز التضحية بهذه الأشياء عرفت شرعاً بالنص على خلاف القياس فيقتصر على ما ورد، وتجوز بالجاموس لأنه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا تجوز الأضحية به لأن جوازها عرف بالشرع، وفي البقر الأهلي دون الوحشي، والقياس ممتنع وفي المتولد منها تعتبر الأم وكذا في حق المحل تعتبر الأم ا هـ. قال رحمه الله: **(وجاز للثني من الكل والجذع من الضأن)** لقوله عليه الصلاة

الضأن وإن مات أحد السبعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وإن كان شريك

والسلام «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن»(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد وجماعة أخر. وقال عليه الصلاة والسلام «نعمت الأضحية الجذع من الضأن» رواه أحمد. وقال عليه الصلاة والسلام «يجوز الجذع من الضأن أضحية» رواه أحمد وابن ماجه. وقالوا: هذا إذا كان الجذع عظيماً بحيث لو خلط بالثنيات ليشتبه على الناظرين، والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر عند الفقهاء، وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر. والثني من الضأن والمعز ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الابل ابن خمس سنين، وفي المغرب: الجذع من البهائم قبل الثني إلا أنه من الإبل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية، وفي الخيل في الرابعة. وعن الزهري: الجذع من المعز لسنة. ومن الضأن لثمانية أشهر وفي الظهيرية: ولو أن رجلين ضحيا بعشر من الغنم بينهما لم تجز، ولو اشترك سبعة نفر في خمس بقرات جاز، وإن اشترك ثمانية نفر في سبع بقرات لم يجز وكذا عشرة وأكثر ا هـ. قال رحمه الله: **(وإن مات أحد السبعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وإن كان شريك الستة نصرانياً)** ومريد اللحم لم تجز عن واحد منهم أو ووجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة واختلاف الجهات فيما لا يضر كالقران والمتعة والأضحية لايجاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول لأن الأضحية من الغير عرفت قربة لأنه ﷺ ضحى عن أمته، ولم توجد القربة في الوجه الثاني لأن النصراني ليس من أهلها، ولو اشترك اثنان في بقرة أو بعير لا يجوز في الأضحية لأنه يكون لواحد منهم ثلاثة أسهم ونصف والنصف لا يجوز في الأضحية، والأصح أنه يجوز لأن النصف يصير قربة بطريق التبع لغيره. شاتان بين رجلين ذبحاهما عن نسكهما أجزأهما بخلاف العبدين بين اثنين أعتقاهما عن كفارتيهما لا يجوز لأن في الشاتين أمكن جمع كل واحد منهما في شاة ولا كذلك الرقيق. اشترك ثلاثة في بقرة لواحد ثلاثة أسباعها ومات وترك ابناً وبنتاً صغاراً وترك ستمائة درهم مع حصة البقرة فضحى الوصي عنهم بحصة الميت من البقرة لا يجوز عنه لأن نصيب البنت لحم لأنها فقيرة أصابها من ميراث الأب أقل من مائتي درهم، ولو اشترك خمسة في بقرة فأشرك أربعة منهم رجلاً في البقرة تجوز الأضحية عنهم لأن الشركاء أربعة لكل واحد منهم خمسة فتصير الأربعة عشرين وقد جعلوا من أنصبائهم أربعة والأربعة من عشرين أكثر من السبع، ولو كانوا ستة فأشرك خمسة واحداً وأبى الواحد لم تجز أضحيتهم لأن نصيبه أقل من السبع لأن أصل حسابه ستة وثلاثون كل واحد ستة فيكون للخمسة ثلاثون وقد جعلوها ستة لكل واحد خمسة وخمسة من ستة وثلاثين أقل من السبع؛ كذا في المحيط. وكذا

---

(١) رواه مسلم في كتاب الأضاحي حديث ١٣. أبو داود في كتاب الأضاحي باب ٤. النسائي في كتاب الضحايا باب ١٣. ابن ماجه في كتاب الأضاحي باب ٧. أحمد في مسنده (٣/ ٣١٢، ٣٢٧).

السنة نصرانياً ويؤكل من لحم الأضحية ويؤكل ويدخر وندب أن لا ينقص الصدقة من

قصد اللحم من المسلم ينافيها وإذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لأن الإراقة لا تتجزأ وهذا استحسان. والقياس أن لا تجوز وهو رواية عن أبي يوسف لأنه تبرع بالإتلاف فلا يتجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت. قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما روينا بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء للميت، ولو كان بعض الشركاء صغيراً أو أم ولد بأن ضحى عن الصغير أبوه أو عن أم الولد مولاها ولم يجب عليهما جاز لأن كلها وقعت قربة، ولو ذبحوها بغير إذن الورثة فيما إذا مات أحدهم لا تجزيهم لأن بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الإذن من الورثة. وفي فتاوى أبي الليث: إذا ضحى بشاة من غيره بأمره أو بغير أمره لا يجوز، ولو ضحى ببدنة عن نفسه وعن أولاده فإن كانوا صغاراً أجزأه وأجزأهم، وإن كانوا كباراً فإن فعل ذلك بأمرهم فكذلك، وإن كان بغير أمرهم لم يجز على قولهم، وعن أبي يوسف أنه يجوز استحساناً، وفي الكبرى: لو ضحى عن الميت بغير أمره لا يجوز وهو المختار، وفي رواية تجوز. واختلفوا هل الأضحية عن الميت أفضل والتصدق أفضل؟ ذهب بعضهم إلى أن التصدق أفضل، وذهب بعضهم إلى أن الأضحية أفضل. وفي الظهيرية: رجل اشترى أضحية شراء فاسداً فذبحها عن أضحيته جاز والبائع بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها حية، وإن شاء استردها ولا شيء على المضحي ويتصدق بقيمتها مذبوحة. وفي الخانية: اشترى سبع بقرة فنوى بعضهم الأضحية عن نفسه في هذه السنة ونوى بقيتهم عن السنة الماضية قالوا: تجوز الأضحية عن هذا الواحد ونية أصحابه عن السنة الماضية باطلة وصاروا متطوعين. قيدنا بالسبعة لأنهم لو كانوا ثمانية لم تجز عن الواحد منهم كما تقدم. وفي أضاحي الزعفراني: اشترى ثلاثة بقرة على أن يدفع أحدهم ثلاثة دنانير والآخر أربعة والآخر ديناراً على أن تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم فضحوا بها لم تجز، ولو كانت البقرة أو البدنة بين اثنين فضحيا بها اختلف المشايخ قال بعضهم يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد اهـ.

قال رحمه الله: **(ويؤكل من لحم الأضحية ويؤكل ويدخر)** لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الضحايا بعد ثلاثة ثم قال: كلوا وتزودوا وادخروا. رواه مسلم وأحمد. والنصوص فيه كثيرة وعليه إجماع الأمة، ولأنه لما جاز أن يأكل منه وهو غني فأولى أن يجوز له إطعام غيره وإن كان غنياً. قال رحمه الله: **(وندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث)** لأن الجهات ثلاثة الإطعام والأكل والادخار لما روينا ولقوله تعالى ﴿واطعموا القانع والمعتر﴾ [الحج: ٣٦] أي السائل والمعترض للسؤال فانقسم عليه أثلاثاً وهذا في الأضحية الواجبة والسنة سواء. ولك أن تقول الأمر لمطلق الوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر في علم الأصول. والظاهر من قوله «واطعموا» وجوب الإطعام والمدعي استحبابه فليتأمل في

الثلث ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال أو جراب ولا يعطي أجرة الجزار منها

الجواب. وإذا لم تكن واجبة وإنما وجبت بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئاً ولا أن يطعم غيره من الأغنياء، سواء كان الناذر غنياً أو فقيراً لأن سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم الأغنياء. وفي الظهيرية: اشترى شاة للأضحية وهو فقير فضحى بها ثم أيسر في أيام النحر قال بعضهم عليه غيرها، وقال بعضهم ليس عليه غيرها وبه تأخذ. في العتابية: وهو المختار. ولو أوصى بأن يضحي عنه ولم يسم ينصرف إلى الشاة. أوصى بأن يشتري بماله أضحية ولم تجز الورثة فالوصية جائزة في الثلث ويشتري به شاة يضحي بها، ولو أوصى بأن يشتري بقرة بعشرين درهماً ويضحي ولم يبلغ ثلث ماله ذلك فإنه يشتري بقدر ما بلغ، وكذا لو لم يعين قدراً يشتري بقدر الثلث ا هـ. قال رحمه الله: **(ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال أو جراب)** لأنه جزء منها وكان له التصدق والانتفاع به ألا ترى أن له أن يأكل لحمها ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحساناً وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام، ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه أنه لا يتصدق على قصد التمول، واللحم بمنزلة الجد في الصحيح فلا يبيعه بما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك، ولو باعها بالدراهم ليتصدق بها جاز لأنه قربة كالتصدق بالجلد واللحم، وقوله عليه الصلاة والسلام «من باع جلد أضحيته فلا أضحية له» يفيد كراهية البيع، وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم. قال رحمه الله: **(ولا يعطي أجرة الجزار منها شيئاً)** والنهي عنه نهي عن البيع لأنه في معنى البيع لأنه يأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع. ويكره أن يجز صوفها قبل الذبح فينتفع به لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لأن القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له. ويكره بيع لبنها كما في الصوف، ومن أصحابنا من أجاز الانتفاع به يعني بلبنها وصوفها لأن الواجب في حقه في الذمة فلا يتعين. ويكره ركوب الدابة واستعمالها، ولو اكتسب مالاً من لبنها يتصدق بمثل ذلك، وذكر محمد في النوادر: ولا يشتري بالجلد الخل والزيت فلو ماتت أضحيته فحلب لبنها وجز صوفها وسلخ جلدها فله ذلك ولا يتصدق بشيء؛ كذا في المحيط. وفي التتمة سئل علي بن أحمد عن رجل دفع لحم الأضحية عن زكاة ماله هل تسقط عنه الأضحية؟ قال: نعم. وسئل الوبري عن هذا فقال: يقع الموقع ولكنه يأثم. وسئل علي أيضاً لو كان لرجل دين على مقر هل تحل له الزكاة؟ فقيل له هل عليه أضحية؟ قال: لا لأن ماله مستقرض لم يصل إليه. وسئل أيضاً عن رجل له ديون مؤجلة أو غير مؤجلة على رجل وهو مقر حتى جاء يوم النحر وليس في يده شيء وعليه شراء الأضحية هل عليه أن يستقرض ويشتري أضحية؟ فقال: لا. قيل له: هل يجب على رب الدين أن يسأل المديون إذا

شيئاً وندب أن يذبح بيده إن علم ذلك وكره ذبح الكتابي ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان.

غلب على ظنه أنه لو سأله أعطاه ثمن الأضحية وإن كان مؤجلاً؟ قال: نعم. وفي مجموع النوازل: أربعة نفر اشترى كل واحد منهم شاة ولبنها وسمنها واحد فحبسوها في بيت فلما أصبحوا وجدوا واحدة منها ميتة ولا يدري لمن هي فإنها تباع هذه الإغنام جملة ويشترى بقيمتها أربع شياه لكل واحد منهم شاة، ثم يوكل كل واحد منهم صاحبه بذبح كل واحدة منها ويحلل كل واحد منهم صاحبه لتجوز عن الأضحية ا هـ.

قال رحمه الله: **(وندب أن يذبح بيده إن علم ذلك)** لأن الأولى في القرب أن يتولاها الإنسان بنفسه وإن أمر به غيره فلا يضر لأنه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة فنحر بيده نيفاً وستين ثم أعطى الحربة علياً فنحر الباقي، وإن كان لا يحسن ذلك فالأحسن أن يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة رضي الله عنها: قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب. وفي فتاوى الفضلي: شاة ندت وتوحشت فرماها صاحبها ونوى الأضحية فأصابها أجزأه عن الأضحية. وفي الذخيرة: وكله أن يشتري له كبشاً أقرن أعين للأضحية فاشترى كبشاً ليس بأقرن ولا أعين لم يلزم الآمر ا هـ. قال رحمه الله: **(وكره ذبح الكتابي)** لأنه قربة وهو ليس من أهلها، ولو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان فساداً لا تقرباً. قال رحمه الله تعالى: **(ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان)** وهذا استحسان، والقياس أنه لا تجوز الأضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر رحمه الله تعالى لأنه متعد بالذبح بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتأدى بنية غيره. وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها بالأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر، ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعيناً بمن يكون أهلاً للذبح فصار مأذوناً له دلالة لأنها تفوت بمضي هذه الأيام ويخاف أن يعجز عن إقامتها العارض يغتريه فصار كما إذا ذبح شاة وشد القصاب رجليها وكيف لا يأذن له وفيه مسارعة إلى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالي بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما بيناه فيصير اذناً دلالة وهو كالصوم، ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لأصحابنا ذكرناها في الإحرام عن الغير. ثم إذا جاز ذلك عنهما يأخذ كل واحد منهما أضحيته، إن كانت باقية ولا يضمنه لأنه وكيله، فإن كان كل واحد منهما أكل ما ذبحه تحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزئه لأنه لو أطعمه الكل في الابتداء يجوز، وإن كان غنياً فكذا له أن يحلل في الانتهاء، وإن تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لأنه بدل عن اللحم

....

فصار كما لو باع أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه. وذكر في المحيط مطلقاً من غير قيد فقال: ذبح أضحية غيره بلا أمره جاز استحساناً ولا يضمن لأنه في العرف لا يتولى صاحب الأضحية ذبحها بنفسه بل يفوض إلى غيره فصار مأذوناً دلالة كالقصاب إذا شد رجل شاة للذبح فذبحها إنسان بغير أمره لا يضمن ولو باع أضحية واشترى بثمنها غيرها فإن كان الثاني أنقص من الأول تصدق بالفضل، ولو غصب شاة وضحى بها جاز عن أضحيته لأنه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لأنه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك إلا بعده. ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه، فإن ضمنه المالك قيمتها تجوز عن الذابح دون المالك لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه على ما بينا في المغصوبة، وإن أخذها مذبوحة أجزأت المالك عن التضحية لأنه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا. وفي فتاوى أهوار: رجلان ربطاً أضحيتهما في مربط ثم غلطا فتنازعا في واحدة كل منهما مدعيها ولا يدعي الأخرى يقضي بالذي تنازعا فيها بينهما نصفين ولا تجوز الأضحية عنهما بهما. وقال بعضهم: تجوز عنهما جميعاً. والصحيح الأول، والذي لم يتنازعا فيها لبيت المال لأنها مال ضائع، ولو كانت إبلاً وبقراً جازت الأضحية عنهما جميعاً، وإذا ربطوا ثلاثة أضحية في رباط واحد ثم وجدا بواحد عيباً يمنع جواز الأضحية وأنكر كل واحد منهم أن تكون له المعيبة وتنازعوا في الأخريين فالمعيبة لبيت المال لأنها مال ضائع ويقضى بينهم بالأخريين أثلاثاً اهـ. والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الكراهية

المكروه إلى الحرام أقرب.

كتاب الكراهية

أورد كتاب الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحد منهما لم يخل من أصل أو فرع يرد فيه الكراهة ألا ترى أن الأضحية في ليالي أيام النحر مكروهة، وكذا في التصرف في الأضحية بجز صوفها وحلب لبنها، وكذا ذبح الكتابي وغير ذلك كما أن الأمر في كتاب الكراهية لذلك. وترجم المؤلف بالكراهية لأن بيان المكروه أهم من غيره لوجوب الاحتراز عنه وترجم محمد في الأصل بالاستحسان لما فيه مما استحسنه الشارع وقبحه. وترجم القدوري في مختصره بالحظر والإباحة لما فيه مما منع عنه الشرع وأباحه. والكراهية مصدر كره لشيء كرهاً وكراهة وكراهية. قال في الميزان: هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى ﴿وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم﴾ [البقرة: ٢١٦] الخ. فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة وليس بضد الإرادة كما توهمه الشارح وجعل الكراهة ضد الإرادة بل هو كما تقدم لك عن الميزان لأن الله تعالى يريد الكفر المعاصي ولا يحبهما كما قرر في علم الكلام. وهي في الشريعة ما سيذكره المؤلف. قال رحمه الله: **(المكروه إلى الحرام أقرب)** ونص محمد أن كل مكروه حرام وإنما لم يطلق عليه لفظ الحرام لأنه لم يجد فيه نصاً قطعياً فكان نسبة المكروه إلى الحرام عند محمد كنسبة الواجب إلى الفرض. وعن الإمام وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب، وهذا الحد للمكروه كراهة تحريم، وأما المكروه كراهة تنزيه فإلى الحلال أقرب؛ هذا خلاصة ما ذكروه في الكتب المعتبرة. ولبعض المتأخرين كلمات هنا طويلة الذيل لا حاصل لها تركناها عمداً. وذكر في الفتاوى السراجية في هذا الكتاب باباً في مسائل الاعتقاديات وقدمه وهو أولى بالذكر والتقديم قال: الإيمان هو الإقرار باللسان والاعتقاد بالجنان وذلك أن يقروا بوحدانية الله تعالى وصفاته الأزلية وبجميع ما جاء من عنده من كتب، ويعتقد بقلبه ذلك. والإقرار باللسان شرط في حق القادر على النطق على ظاهر الجواب. وقيل: الإيمان هو

....

الاعتقاد بالقلب والإيمان بالتفاصيل ليس بواجب بل إذا آمن بالجملة كفى. والإيمان لا يزيد ولا ينقص لأن الإيمان عندنا ليس من الأعمال إيمان اليائس غير مقبول وتوبة اليائس مقبولة، الإيمان غير مخلوق عند أئمة بخارى وعند أئمة سمرقند مخلوق، وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة لأن أئمة بخارى قالوا الإيمان هداية الرب لعبده إلى معرفته وذلك غير مخلوق، وأئمة سمرقند قالوا الإيمان فعل العبد وأنه مخلوق، وعن هذا تعرف جواب من سأل أن الإيمان عطائي أو كسبي. أيمان المقلد صحيح وهو الذي اعتقد جميع أركان الإسلام بلا دليل. وفي جامع الجوامع قال أبو القاسم: من تعلم في الصغر آمنت بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله تعالى وتعلم أنه إيمان لكن لا يحسن تعبره لا يحكم بإسلامه. وقال أبو الليث: إن سأل فارسياً فقال هذا عرفت يحكم بإسلامه قال: وإن كان لا يحسن أن يعبر وإلا يعرض عليه الإسلام. وفي النوازل قال الفقيه: إذا كان الرجل لا يحسن العبارة ولا يحل لو سئل بالفارسية يعرف أن الله واحد وأن الأنبياء رسل الله عز وجل وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور ويقول كنت عرفت أن الأمر هكذا كان هذا مؤمناً، وإن كان لا يحسن أن يعبر عنه وإذا سئل عن هذا قال لا أعلم بذلك فلا دين له ويعرض عليه الإسلام، فإن أسلم وكانت له امرأة يجدد نكاحها، وفي السراجية: المؤمن لا يخرج عن الإيمان بارتكاب الكبيرة، وإذا مات بغير توبة فهو في مشيئة الله تعالى إن شاء غفر له وإن شاء عذبه بقدر جنايته أو أقل ثم يدخله الجنة. والقرآن كلام الله تعالى غير مخلوق ولا محدث، والمكتوب في المصاحف دال على كلام الله تعالى وأنه مخلوق. رؤية الله تعالى في الآخرة حق يراه أهل الجنة في الآخر بلا كيفية ولا تشبيه ولا محازاة، أما رؤية الله تعالى في المنام أكثرهم قالوا لا تجوز والسكوت في هذا الباب أحوط. القدر خيره وشره من الله تعالى بمشيئته وإرادته القديمة إلا أن المعاصي ليست برضا الله تعالى.

وفي الحاوي وعن أبي سلمة الفقيه أنه قال: هذه عشرة مسائل التي وجدت عليها مشايخ السلف من أهل الهداية والجماعة من آمن بها كان منهم، ومن لو يؤمن بها فهو صاحب هوى وبدعة، ثم عد هذه العشرة وقال قال شيخ الإمام أبو بكر محمد بن أحمد القاضي: إن الله تعالى خلق أفعال العباد وأفعالهم بقضاء الله تعالى ومشيئته، وأن الله تعالى خالق لم يزل، وأن الله تعالى له علم موصوف في الأزل، وأن الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد إذا كان أصلح للعباد أو لم يكن لا يسأل عما يفعل وهم يسألون، وأن شفاعة محمد حق لأهل الكبائر من أمته، وأن عذاب القبر حق، وأنه يرجى من الله تعالى أن يعطي العباد ما يسألونه من دعائهم. وفي السراجية: صفات الله تعالى قديمة كلها من غير تفصيل بين صفات الذات وصفات الفعل وأنها قائمة بذات الله تعالى لا هو ولا غيره كالواحد من العشرة، والله تعالى ليس بجسم ولا جوهر ولا عرض ولا حال بمكان، ثم إن الله تعالى

....

موصوف بصفات الكمال ويوصف بأن له يداً وعيناً ولكن لا كالأيدي ولا كالأعين ولا يشتغل بالكيفية. وهل يجوز وصف الله تعالى بهذين الصفتين بالفارسية؟ قال السيد الإمام أبو شجاع: باليد يجوز وبالعين لا. وفي الحاوي قال بعض السلف: الجملة الصحيحة أن يقول العبد عند الإمكان مع التسمية آمنت بجميع ما جاء به رسول الله ﷺ على معنى ما أراد به رسول الله ﷺ، والجنة والنار لا يفنيان عند أهل السنة والجماعة، وفي الحاوي سئل أبو حنيفة عمن قيل له أمؤمن أنت عند الله فقال عندي أني عند الله مؤمن. وذكر بعض المناظرين من المتكلمين أن الذي يجب على الإنسان أحد الأمرين، إما أن يقبل على تحصيل هذا الفن حتى يبلغ منه في غاية فيصير إلى حدة من يصلح للمناظرة والمحاجة أو يلزم الذي قد اجتمع عليه أهل الملة ويجتنب المعصية والحمية لغير الدين ويؤدي فرائض الله تعالى. والجمل التي ذكرناها أن الله تعالى واحد لا شريك له ولا مثيل له ولا شبيه له، وأنه لم يزل قبل المكان والزمان وقبل العرش والهواء وقبل ما خلق من ذلك موجوداً، وأنه القديم وما سواه محدث، وأنه العادل في قضائه الصادق في أخباره، ولا يحب الفساد، ولا يرضى لعباده الكفر، وأنه لا يكلفهم ما لا يطيقون وأنه حكيم وحسن في جميع أفعاله في كل ما خلق وقضى وقدر، وأنه يريد بهم اليسر ولا يريد بهم العسر، أنه إنما بعث إليهم المرسلين وأنزل عليهم الكتب ليذكر ما وقع في سابق علمه أنه يذكر ويخشى ويلزم الحجة على من علم منه أنه لا يؤمن ويأبى، وأن الخيرة فيما قضاه الله وقدره، وأنه يقضي بالحق، وأن الرضا بقضائه واجب والتسليم لأمره لازم، وأن ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن، وأن ما قضى فهو ماضٍ في خلقه، وما قدر فهو لازم لهم، وأن تأويل ذلك هو تأويل المسلمين، وأنه لا مرد له، وأنّ أمره نافذ في خلقه دأبهم الحاجة إليه في أداء ما كلفهم به وهو غني عنه لا يضره بذله ولا ينفعه منعه، وأنه ما خلق الخلق من الجن والإنس إلا ليعبدوه، وأنه يضل من يشاء ويهدي من شاء، وأن إضلاله ليس كإضلال الذي علم به الشيطان وحز به، وأنه يضل الظالمين ولا يضل الفاسقين. وفي السراجية: نبينا ﷺ أكرم الخلق وأفضلهم، ومعراجه إلى العرش إلى ما أكرمه الله تعالى، ورؤية الجنة والنار حق، ورسالة الرسل لا تبطل بموتهم، ورسل بني آدم أفضل من جملة الملائكة، وعوام بني آدم من الأتقياء أفضل من عوام الملائكة، وخواص الملائكة أفضل من عوام بني آدم. كرامة الأولياء حق، والولي لا يكون أفضل من النبي، وشفاعة الأنبياء والصالحين لبعض العصاة من المسلمين حق، وأفضل الخليقة من هذه الأمة أبو بكر بن أبي قحافة التيمي، ثم عمر بن الخطاب العدوي، ثم عثمان بن عفان الأموي، ثم علي بن أبي طالب الهاشمي رضوان الله تعالى عليهم أجمعين. الشرط أن يكون الخليفة قرشياً ولا يشترط أن يكون هاشمياً. العدالة ليست شرطاً لصحة الإمامة والإمارة والقضاة إنما هي شرط الأولوية. العلم أفضل من العقل عندنا خلافاً للمعتزلة. أهل الجنة آمنون عن العزل غير آمنين عن خوف الجدال. أطفال المشركين قيل هم في

....

الجنة وقيل هم في النار وأبو حنيفة توقف فيهم. وقال الشيخ الإمام الرضي: إن ولد الكافر كافر. الكلام في الروح قال بعضهم يجوز، وقال بعضهم لا يجوز، ثم قيل هي الحياة، وقيل هي عرض، وقيل إنها جسم لطيف وهي ريح مخصوص. سؤال منكر ونكير حق وسؤالهما الأنبياء قيل بهذه العبارة على ماذا تركتم أمتكم. وفي بستان الفقيه باب ما جاء في ذكر الحفظة قال الفقيه: اختلف الفقهاء في أمر الحفظة الكرام الكاتبين؛ قال بعضهم يكتبون جميع أقوال بني آدم وأفعالهم، وقال بعضهم لا يكتبون إلا ما فيه أجر أو إثم. ثم قال بعضهم: يكتبون الجميع فإذا صعدوا السماء حذفوا ما لا أجر فيه ولا إثم وقال هو معنى قوله تعالى ﴿يمحوا الله ما يشاء ويثبت﴾ [الرعد: ٣٩] قال ابن جريج: هما ملكان أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله، فالذي عن يمينه يكتب بغير شهادة صاحبه، والذي عن يساره لا يكتب إلا بشهادة منه إن قعد قعد الحفظة واحد عن يمينه والآخر عن يساره، وإن مشى فأحدهما أمامه والآخر خلفه، وإن نام فأحدهما عند رأسه والآخر عند رجليه. وقال بعضهم أربعة؛ اثنان بالنهار واثنان بالليل والخامس لا يفارقه ليلاً ولا نهاراً. واختلف الناس في الكفرة قال بعضهم عليهم حفظة، وقال بعضهم لا يكون عليهم حفظة لأن أمرهم فرط وعليهم واحد. قال الفقيه: لا يؤخذ بهذا القول والآية نزلت بذكر الحفظة في شأن الكفار.

تتمة: سئل بعضهم هل على الصبي حفظة يكتبون له؟ فقال: رفع القلم عن ثلاث. قيل له: هل يكون معذوراً بترك النظر؟ قيل: استكمال المدة التي يتعلق بها أحكام الشرع فقال: إن كمل شرائط تكليفه قبل البلوغ وخطر بباله الخوف من ترك النظر لا يعذر. وفي السراجية: عذاب القبر للكافرين أو لبعض العصاة حق يؤمن به ولا يشتغل بكيفيته. ومما يتصل به فصل يشتمل على السنة والجماعة المضمرات وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه قال: المؤمن إذا أوجب السنة والجماعة استجاب الله دعاءه وقضى حوائجه وغفر له الذنوب جميعاً وكتب له براءة من النار وبراءة من النفاق. وفي خبر عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: من كان على السنة والجماعة استجاب الله دعاءه وكتب له بكل خطوة يخطوها عشر حسنات ورفع له عشر درجات فقيل له: يا رسول الله متى يعلم الرجل أنه من أهل السنة والجماعة؟ فقال: إذا وجد في نفسه عشرة أشياء فهو على السنة الجماعة: أن يصلي الصلوات الخمس بالجماعة، ولا يذكر أحداً من الصحابة بسوء وينقصه، ولا يخرج على السلطان بالسيف، ولا يشك في إيمانه، ويؤمن بالقدر خيره وشره من الله تعالى، ولا يجادل في دين الله تعالى، ولا يكفر أحداً من أهل التوحيد بذنب، ولا يدع الصلاة على من مات من أهل القبلة، ويرى المسح على الخفين جائزاً في السفر والحضر، ويصلي خلف كل إمام براً وفاجر. وفي الحاوي: من أهل السنة والجماعة من فيه عشرة أشياء،: الأول أن لا يقول

. . . .

شيئاً في الله تعالى لا يليق بصفاته. والثاني يقر بأن القرآن كلام الله تعالى وليس بمخلوق. والثالث يرى الجمعة والعيدين خلف كل بر وفاجر. والرابع يرى القدر خيره وشره من الله تعالى. والخامس يرى المسح على الخفين جائزاً. والسادس لا يخرج على الأمير بالسيف. والسابع يفضل أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً على سائر الصحابة. والثامن لا يكفر أحداً من أهل القبلة بذنب. والتاسع يصلي على من مات من أهل القبلة. العاشر يرى الجماعة رحمة والفرقة عذاباً. قال صاحب الكشاف: في هذا الفصل شروط وزيادات لأصحابنا يجب أن تراعى. وسئل أبو النصر الدبوسي عن معنى قوله عليه الصلاة والسلام «كل مولود يولد على الفطرة»[١] قال: أي يولد على دلالة الخلقة على معنى أن الله تعالى خلقه على خلقة لو نظر إليها وتفكر فيها على حسب ما يجب لدلته على ربوبيته ووحدانيته. ومعنى قوله «يهودانه» أي ينقلانه إلى حكم اليهودية وأحوالها بالتلقين لكونه في أيديهم لذلك ظهر العمل في المسألتين خلفاً عن سلف أن الولد يكون تابعاً للوالدين من غير من أن يكون منه كفر أو إسلام على الحقيقة. وسئل أبو النصر الدبوسي فقيل: ما معنى الأخبار التي رويت عن النبي ﷺ وروي في بعضها صلوا خلف كل بر وفاجر وفي بعضها القدرية مجوس هذه الأمة إن مرضوا فلا تعودوهم وإن ماتوا فلا تشيعوا جنائزهم»[٢] وفي بعضها «إن أمتي ستفترق على كذا وكذا كلهم في النار إلا واحدة»[٣] فقال المشايخ: إن من شرائط السنة والجماعة أن لا يكفر أحد من أهل القبلة. وسئل بعضهم عن الفاجر والبر فقال: الفاجر هو الفاسق من أهل الإسلام. والبر هو العدل من أهل الإسلام وقد جاء مفسراً عن رسول الله ﷺ قال «لا يخرج أحد من أهل الإسلام بذنب» وذكر افتراق الأديان بالأهواء فمن كان من أهل الإسلام فالصلاة خلفه جائزة وإن كان يعلم الكبائر. وأهل الأهواء على ضربين: منهم من يخرج عن الإسلام، ومنهم من لا يخرج. فمن خرج عن الإسلام لا تجوز الصلاة خلفه وقد سبق الكلام فيه مستوفى في تتمة كلمات الكفر في آخر كلمات الكفر في آخر كتاب السير وفي باب الجماعة: ومن لا يخرج منه فالصلاة خلفه جائزة، ومن خرج من الإسلام فهو في النار خالد، ومن لم يخرج منه فهو في جملة أهل المشيئة قال الله تعالى ﴿إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء﴾ [النساء: ٤٨] وأما ما جاء في حق أهل الأهواء أنهم لا يعادون ولا تشيع

(١) رواه البخاري في كتاب الجنائز باب ٨٠. كتاب القدر باب ٣. مسلم في كتاب القدر حديث ٢٢ـ ٢٤. أحمد في مسنده (٢/ ٣١٥، ٣٤٦).

(٢) رواه أبو داود في كتاب السنة باب ١٦. أحمد في مسنده (٢/ ٨٦) (٥/ ٤٠٧) بلفظ «ومجوس هذه الأمة أمتي الذين يقولون لا قدر».

(٣) رواه أبو داود في كتاب السنة باب ١. الترمذي في كتاب الإيمان باب ١٨. ابن ماجه في كتاب الفتن باب ١٧. أحمد في مسنده (٢/ ٣٢٢) (٣/ ١٢٠، ١٤٥).

فصل في الأكل والشرب

كره لبن الأتان والأكل والشرب والادهان والتطيب في إناء

جنائزهم فهذا تغليظ وتشديد كان في الزمان الأول حيث كان المسلمون أمة واحدة في عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم أجمعين، ولما قتل عثمان وقعت الفرقة وظهرت الأهواء وغلبت الأحزاب أهل الأهواء ولم يمكن إمضاء الأمر على السبيل الأول وقد كانوا يجالسون علي بن أبي طالب رضي الله عنه ويزاحمون، وكذا العلماء والفقهاء من بعده إلى يومنا هذا، والدليل على ذلك ما جاء أن شهادة أهل الأهواء جائزة، وسئل أبو بكر القاضي عن الرجل هل يعلم أنه على مذهب أهل السنة والجماعة فقال: إذا رجع علمه إلى كتاب الله وإلى ما قاله السلف الصالح فهو على مذهب السنة والجماعة.

فصل في الأكل والشرب

قدم فصل الأكل والشرب على غيره لأن الاحتياج إلى بيان مسائله أهم من غيره. قال رحمه الله: **(كره لبن الأتان)** لأن اللبن يتولد من اللحم فصار مثله، وكذا لبن الخيل يكره عند الإمام كلحمه عنده، واختلف في كراهة لحم الخيل عندهما؛ كذا في فتاوى قاضيخان. ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها. والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف ولا تخلط فيكون لحمها منتناً، ولو حبست حتى يزول النتن حلت. ولم يقدر لذلك مدة في الأصل، وقدر في النوادر بشهر، وقيل بأربعين يوماً في الإبل، وبعشرين يوماً في البقر، وبعشرة أيام في الشاة، وثلاثة أيام في الدجاجة. والتي تخلط بأن تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها فلا بأس بحلها ولهذا يحل أكل جذع تغذى بلبن الخنزير لأن لحمه لا يتغير وما تغذى به يصير مستهلكاً لا يبقى له أثر ولهذا قالوا: لا بأس بأكل الدجاج لأنها تخلط ولا يتغير لحمه، وما روي أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح ذلك على وجه القربة لا على أنه شرط. وفي المحيط: ولا بأس بأكل شعير يوجد في بعر الإبل والشاة فيغسل ويؤكل، وإن في أحشاء البقر وروث الفرس لا يؤكل لأن البعر صلب فلا تتداخل النجاسة في أجزاء الشعير والحنطة. ولا بأس بأكل دود الزيتون قبل أن تنفخ فيه الروح لأن إثم اميت إنما يطلق على من له روح. ويكره دفع الجهد من السقاية وحمله إلى المنزل لأنه وضع للشرب لا للحمل، والحطب الذي يوجد في الماء إن كان لا قيمة له فهو حلال لأنه مأذون في أخذه، وإن كان له قيمة فلا. ولا بأس بمضغ العلك للنساء لأن سنهن أضعف من سن الرجال فأقيم العلك لهن مقام السواك، ولا بأس للنساء بخضاب اليد والرجل ما لم يكن خضاب فيه تماثيل، ويكره للرجال والصبيان لأن ذلك تزين وهو مباح للنساء دون الرجال. ولا بأس بخضاب

....

الرأس واللحية بالحناء والوشمة للرجال والنساء لأن ذلك سبب لزيادة الرغبة والمحبة بين الزوجين. ويجوز رفع الثمار من نهر جار وأكلها وإن كثر لأنه مما يفسد الماء إذا ترك فيكون مأذوناً بالرفع دلالة. رجل نثر السكر فوقع في حجر رجل فأخذه رجل آخر منه إن كان فتح حجره ليقع فيه السكر لا يجوز لأنه أحرزه وإلا فيجوز لأنه ما أحرزه، ونظيره رجل وضع طشتاً على سطح فاجتمع فيه ماء المطر فجاء رجل ورفعه إن كان وضعه صاحبه لذلك فهو له، وإن لم يضعه لذلك فهو للرافع لأنه لم يحرزه. وفي الظهيرية: وإن أكل أكثر من حاجته ليتقايأ قال الحسن البصري: رأيت أنس بن مالك يأكل ألواناً من الطعام ويكثر ثم يتقايأ وينفع ذلك وهو المذهب عند أصحابنا. روي عن بعض الأطباء أنه قيل له هل يجد الطبيب في كتاب الله دليل تطب؟ قال: نعم قد جمع الله الطب في هذه الآية وهو قوله ﴿كلوا واشربوا ولا تسرفوا﴾ [الأعراف: ٣١] يعني الإسراف في الأكل والشرب هو الذي منه الأمراض. وقيل: كان الرجل قليل الأكل كان أصح جسماً وأجود حفظاً وأذكى فهماً وأقل نوماً وأخف نفساً. ذكر محمد كل واحد منها من إفساد الطعام قال: ومن الإفساد الإسراف في الطعام وهو أنواع؛ فمن ذلك أن يأكل فوق الشبع فهو حرام.

وفي الينابيع: وإذا أكل الرجل فوق الشبع فهو حرام في كل مأكول. ومن المتأخرين من استثنى حالة ما إذا كان له غرض صحيح في الأكل فوق الشبع فيحنئذ لا بأس به، فإن أتاه ضيف بعدما أكل قدر حاجته فليأكل لأجله حتى لا يخجل أو يريد صوم الغد فليتناول فوق الشبع. ومن الإسراف في الطعام الإسراف في المباحات والألوان فذلك منهي عنه إلا عند الحاجة بأن يمل من ناحية واحدة فليستكثر من المباحات ليستوفي من أي لون شاء فيحصل له مقدار ما يتقوى به على الطاعة، وكذلك إذا كان من قصده أن يدعو الأضياف قوماً بعد قوم إلى أن يأتوا إلى آخر الطعام فلا بأس بالاستكثار في هذه الصورة. ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه ويأكل ما انتفخ من الخبز كما يفعله بعض الجهال ويزعمون أن ذلك ألذ، ولكن هذا إذا كان لا يأكل غيره ما ترك من حواشيه فأما إذا كان غيره يتناول ذلك فلا بأس بذلك كما لا بأس أن يتناول رغيفاً دون رغيف. ومن الإسراف التمسح بالخبز. وفي الذخيرة: ومن الإسراف مسح السكين والأصبع بالخبز عند الفراغ من الأكل من غير أن يأكل ما يتمسح فيه، فأما إذا أكل فلا بأس به. وفي التتمة سئل عمن مسح اليد على ثيابه فقال: لا يجوز. وسئل عن مسح اليد بدستار ورق فقال: لا يجوز. وفي الكافي: ولا بأس بخرقة الوضوء والمخاط. وفي الجامع الصغير: وتكره الخرقة التي تحمل ويمسح بها العرق إلا إذا كان شيئاً لا قيمة له، وكذا الخرقة التي يمخط بها، وكذا التي يمسح بها الوضوء. وإنما يكره إذا فعل ذلك للتكبر، أما من فعل ذلك للحاجة فلا يكره، ومن الإسراف إذا سقط من يده لقمة أن يتركها بل ينبغي أن يبدأ بتلك اللقمة، وينبغي أن لا

....

ينتظر الإدام إذا حضر الخبز ويأخذ في الأكل قبل أن يأتي الإدام. ويستحب غسل اليدين قبل الطعام فإن فيه بركة. وفي البرهانية: والسنة أن يغسل الأيدي قبل الطعام وبعده. وفي واقعات الناطفي: الأدب في غسل الأيدي قبل الطعام أن يبدأ بالشبان ثم بالشيوخ، وإذا غسل لا يمسح بالمنديل لكن يترك ليجف ليكون أثر الغسل باقياً وقت الأكل. والأدب في الغسل بعد الطعام أن يبدأ بالشيوخ ويمسح بالمنديل ليكون أثر الطعام زائلاً بالكلية. وفي التتمة سئل والدي عن غسل الفم للأكل هل هو سنة كغسل اليد؟ فقال: لا وإذا غسل يده للأكل بنخالة أو غسل رأسه بذلك وأحرقها إن لم يكن فيها شيء من الدقيق وهي نخالة تعلف بها الدواب فلا بأس. وفي الذخيرة وفي نوادر هشام سألت محمداً عن غسل اليدين بالدقيق بعد الطعام هل هو مثل الغسل بالأسنان؟ فأخبرني أن أبا حنيفة وأبا يوسف لم يريا بأساً لتوارث الناس ذلك من غير نكير. وفي الخانية: ويكره للجنب رجلاً كان أو امرأة أن يأكل طعاماً وشراباً قبل غسل اليدين والفم، ولا يكره ذلك للحائض، ويستحب تطهير الفم من جميع المواضع، وينبغي أن يصب من الآنية على يده بنفسه ولا يستعين بغيره في وضوء؛ حكي ذلك عن مشايخنا رحمهم الله تعالى في أنه قال: هذا كالوضوء ولا يستعين بغيره في وضوء ولا يأكل طعاماً حاراً به ورد الأثر. ولا يشم الطعام فإن ذلك عمل البهائم، ولا ينفخ في الطعام والشراب، ومن السنة أن لا يأكل الطعام من وسطه ويأكل من ابتداء الأكل، ومن السنة لحس القصعة وأن يلعق أصابعه قبل أن يمسحها بالمنديل وتركه من أثر العجم والجبابرة. وفي الخلاصة: ومن السنة لعق القصعة. وفي البرهانية: رجل أكل الخبز مع أهله واجتمع كسيرات الخبز ولا يشتهي أكلها فله أن يطعمه الدجاجة والشاة والهرة وهو الأفضل، ولا ينبغي أن يلقيه في النهر والطريق إلا إذا وضع لأجل النمل ليأكل النمل فحينئذ يجوز؛ هكذا فعل بعض السلف. ومن السنة أن يأكل ما سقط من المائدة، ومن السنة أي يبدأ بالملح ويختم بالملح. وفي السراجية: الأكل على الطريق مكروه، وأكل الميتة حالة المخمصة قدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه لا بأس به، ولا بأس بطعام المجوسي إلا الذبيحة. رجل قال من تناول من مالي فهو مباح فتناول رجل من غير أن يعلم إباحته جاز، ولا ينبغي للناس أن يأكلوا من طعام الظلمة وليقبح والأمر عليهم وزجرهم عما يرتكبونه وإن كان يحل طعامهم. أكل دود القز قبل أن ينفخ فيه الروح لا بأس به. وفي الخانية: الجدي إذا ربي بلبن الأتان قال ابن المبارك: يكره أكله. وأخبرني رجل عن الحسن أنه قال: إذا ربي الجدي بلبن الخنزير لا بأس به فقال: معناه إذا اعتلف أياماً فهو بعد ذلك كالجلالة. وبول ما لا يؤكل لحمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز التداوي به، وعند محمد يجوز التداوي وغيره. وذكر في عيون المسائل إذا مر الرجل بالثمار في أيام الصيف وأراد أن يتناول منها الثمار الساقطة تحت الأشجار، فإن كان ذلك في المصر لا يسعه التناول إلا إذا علم أن صاحبها قد أباح إما نصاً أو دلالة أو عادة، وإذا كان

. . . .

في القيظ فإن كان من الثمار التي تبقى مثل الجوز وغيره لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن. وفي الغياثية: هو المختار. وإن كان من الثمار التي لا تبقى اختلفوا فيه؛ قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يتبين النهي إما صريحاً أو عادة. وفي العتابية: والمختار أنه لا يأكل منهما ما لم يعلم أن صاحبها رضي بذلك وإن كان ذلك في الوسواس التي يقال لها بالفارسية هراسية، فإن كان من الثمار التي لا تبقى فالمختار أنه لا بأس بالأكل ما لم يتبين النهي. وفي جامع الجوامع: ولا يحل حمل شيء منه، وأما إذا كان الثمار على الأشجار فالأفضل أن لا يؤخذ في موضع ما إلا أن يأذن أو يكون موضع كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليه أكل ذلك فيسعه الأكل ولا يسعه الحمل. وأما أوراق الأشجار إذا سقط على الطريق في أيام العيلق وأخذ إنسان شيئاً من ذلك بغير إذن صاحب الشجر؛ فإن كان هذا ورق شجر ينتفع بورقه نحو التوت وما أشبه ذلك ليس له أن يأخذ وإن أخذ يضمن، وإن كان لا ينتفع به له أن يأخذ وإن أخذ لا يضمن. وفي الفتاوى الخلاصية: ولو مر بسوق العامدين فوجد فيه سكراً لا يسعه أن يتناول منه، ولو أن قوماً اشتروا فلاة من أرز فقالوا من أطهر الفلاة فعليه أن يشتري منه فيأكله فأطهر واحد واشترى ما أوجبوه عليه يكره للكل لأن فيه تعليقاً بالشرط، وفي الخانية: شجرة في مقبرة قالوا: إن كانت نابتة في الأرض قبل أن يجعلها مقبرة فمالك الأرض أحق بها يصنع بها ما شاء، وإن كانت الأرض مواتاً ولا مالك لها فجعلها أهل تلك المحلة أو القرية مقبرة فإن الشجرة وموضعها من الأرض على ما كان حكمها في القديم، وإن نبتت الشجرة بعدما جعلت مقبرة، فإن كان الغارس معلوماً كانت له وينبغي أن يتصدق بثمن ثمرها. وإن كانت الشجرة نبتت بنفسها فحكمها يكون للقاضي، إن رأى قلعها أو إبقاءها على المقبرة فعل. رفع المكثري من نهر جار ورفع التفاح وأكلها جائز وإن كثر، وفي الجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد لا بأس بأكله إذا لم يكن الأكل على وجه القمار، وفي الظهيرية وهو المختار. وفي الخلاصة: والأكل مكشوف الرأس والأكل يوم الأضحى قبل الصلاة فيه روايتان والمختار أنه لا يكره، وأكل الطين مكروه. وفي فتاوى أبي الليث ذكر شمس الأئمة إذا كان يخاف على نفسه من أكل الطين بأن كان يورث علة لا يباح له أكل الطير، وكذا كل شيء أكله يورث ذلك، إن كان يتناول منه قليلاً ويفعل أحياناً لا بأس به. وأكل الطين البحاري لا بأس به ما لم يسرف وكراهة أكله لا لحرمته بل لأنه يهيج الدم، والمرأة إذا اعتادت أكل الطين تمنع من ذلك إذا كان يوجب النقصان في جمالها. ولا بأس بأكل الفالوذج والأطعمة النفيسة، وعن النبي ﷺ أنه أكل الرطب مع البطيخ، وأكل عمر رضي الله عنه البطيخ مع السكر. وفي التتمة: وضع الملح على القرطاس ووضعه على الخبز يجوز، وتعليق الخبز بالخوان مكروه، ويكره وضع الخبز تحت القصعة، وكان الشيخ ظهر الدين المرغيناني لا يفتي بالكراهة في وضع المملحة على الخبز ولا مسح السكين بالخبز

....

والأصبع، ومن المشايخ من أفتى بالكراهة. وفي التتمة سئل أبو يوسف بن محمد والحسن بن علي عن مريض قال له طبيب لا بد لك من أكل لحم الخنزير حتى يدفع عنك العلة قالا: لا يحل له أكله. وقيل هو يفرق الأمر بينهما إذا أمره بأكله أو جعله في داره فقالا: لا. قيل: ولو كان الحلال أكثر؟ قالا: وقياس الإفتاء في شرب الخمر للتداوي أنه يجوز في لحم الخنزير. وسئل الحسن بن علي عن أكل الحية والقنفذ أو أكل الدواء الذي فيه الحية إذا أشار الطبيب الحاذق بأنه يدفع العلة هل يحل أكله؟ قال: لا. وسئل علي بن أحمد عن خبز الخبز على نوعين نوع للجواري ونوع لنفسه ويأكل ما يجعل لنفسه هل يأثم؟ قال: يكره له ذلك. وسئل عن سؤر الهرة إذا عجن فيه الدقيق وخبز هل يكره أكله؟ قال: لا. وسئل عن الخبز إذا عجن بالحليب قال: لا يكره ولا بأس به. وعن قطع اللحم بالسكين قال: لا بأس به. وسئل عن عرق الآدمي ونخامته ودمعه إذا وقع في المرقة أو في الماء هل يأكل المرقة ويشرب الماء؟ قال نعم ما لم يغلب ويصير مستقذراً طبعاً. وسئل عن سن الآدمي إذا طحن في الحنطة فالمنصوص عليه أن لا يؤكل، وهل تدفن الحنطة أو تأكلها البهائم؟ قال: لا تأكلها البهائم. وسئل عن الفأرة تأكل الحنطة هل يجوز أكلها؟ قال: نعم لأجل الضرورة. وسئل أبو الفضل عن إشعال التنور بأخثاء البقر هل يجوز إذا خبز بها الخبز؟ قال: يجوز أكل ذلك الخبز. وسئل أبو حامد عن شعل التنور بأرواث الحمر هل يخبز بها؟ قال: يكره ولو رش عليه ماء بطلت الكراهة، وعليه عرف أهل العراق ورماده طاهر. وفي العتابية: يكره الأكل والشرب متكئاً أو واضعاً شماله على يمينه أو مستنداً. ولا يسقي أباه الكافر خمراً ولا يناوله القدح ويأخذه منه، ولا يذهب به إلى البيعة ويرده منها، ويوقد تحت قدره إذا لم يكن فيه ميتة. وفي النوازل قال محمد بن مقاتل: البطنة بطنتان: أحدهما أن يتعمد الرجل السمن وعظم البطن فإن هذا مكروه، فأما من رزقه الله بطناً عظيماً وكان ذلك خلقاً من غير أن يتعمد السمن فلا شيء عليه. قال الفقيه: التأويل في الخبز الذي ورد عن النبي ﷺ «إن الله يبغض الحبر السمين» معناه إذا تعمد السمن، أما إذا خلقه الله سميناً فهو غير داخل في الخبز اهـ. وفي السراجية: ويكره أن يلبس الرجل ثوباً فيه كتابة بذهب وفضة روي أنه قول أبي يوسف، وعلى قياس قول الإمام لا يكره فلا بأس بلبسه اهـ. قال رحمه الله: **(والأكل والشرب والإدهان والتطيب في إناء ذهب وفضة للرجال والنساء)** لما روى حذيفة أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها وإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة»[1] رواه البخاري ومسلم وأحمد. وروي عن أم سلمة عن النبي ﷺ

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأطعمة باب ٢٩.

. . . .

قال«إن الذي يشرب في إناء الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»(١) فإذا ثبت في الشرب فالأكل كذلك والتطيب لاستوائهم في الاستعمال فيكون الوارد فيها يكون وارداً فيما هو في معناها دلالة، ولأنها تنعم بتنعم المترفهين والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله تعالى فيهم ﴿اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا﴾ [الأحقاف: ٢٠] وقال عليه الصلاة والسلام «من تشبه بقوم فهو منهم»(٢) والمراد بقوله كره كراهة التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لإطلاق ما روينا، وكذا الأكل بمعلقة الذهب والفضة والاكتحال بميلها وما أشبه ذلك من الاستعمالات. ومعنى يجرجر يردد من جرجر الفحل إذا ردد صوته في حنجرته. قال في النهاية: قيل صورة الإدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس، أما إذا أدخل يده وأخذ الدهن ثم يصب على الرأس لا يكره، وعزاه إلى الذخيرة. وظاهر عبارة النهاية حيث عبر بقيل أنه ضعيف قال في الجامع الصغير قالوا: وهذا إذا كان يصب من الآنية على رأسه أم بدنه أما إذا أدخل يده في الإناء وأخرج منها الدهن ثم استعمل فلا يكره اهـ. وهو يفيد صحته، قال في العتابية: وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة والميل ولا بد أن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكر في المحرمات. واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الإدهان وهو يقتضي أنه لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بمعلقة ثم أكل منها، وكذا إذا أخذ بيده ثم أكل منها. وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يصلح جواباً عما أورده صاحب العناية قال حيث قال بعد ذكر الاعتراض أقول: منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم؛ أما الأول فلأن «من» في قولهم «من إناء ذهب» ابتدائية، وأما الثالث فلأن مرادهم أن الأدوات المصنوعة من المحرمات إنما يحرم استعمالها فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فإن الأواني الكبيرة المصوغة من الذهب والفضة لأجل أكل الطعام إنما يحرم استعمالها إذا أكل منها باليد أو المعلقة، وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها، وكذا الأواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادهان ونحوه إنما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس لأنها صنعت لأجل الادهان منها بذلك الوجه.

وأما إذا أدخل يده وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها، فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك على العرف المحرم ا هـ. وأورد عليه بأن الموجود في عبارة المتقدمين كالجامع الصغير والمحيط والذخيرة

(١) رواه البخاري في كتاب الأشربة باب ٢٨. مسلم في كتاب اللباس حديث ١. ابن ماجه في كتاب الأشربة باب ١٧. الموطأ في كتاب صفة النبي حديث ١١. أحمد في مسنده (٦/ ٩٨، ٣٠١).

(٢) رواه أبو داود في كتاب اللباس باب ٤. أحمد في مسنده (٢/ ٥٠).

ذهب وفضة للرجال والنساء لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق وحل الشرب في إناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي

وإنما وقف كله في عبارة بعض المتأخرين. والثاني أن العرف المتعارف فيه التناول باليد والمعرفة فيما ذكره لا تصلح فارقاً. وفي الفتاوى الغياثية: ويكره أن يدهن رأسه بدهن من إناء فضة وكذا إذا صب الدهن على رأسه ثم مسح رأسه أو لحيته. وفي الغالية: لا بأس به ولا يصب الغالية على الرأس من الدهن. وفي المنتقى: يكره أن يستجمر بمجمر ذهب أو فضة وهو مروي عن الإمام وأبي يوسف. وفي السراجية: ويكره أن يكتب بقلم ذهب أو فضة أو دواة كذلك. قال رحمه الله: **(لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق)** يعني لا تكره الأواني من هذه الأشياء. وقال الإمام الشافعي: تكره لأنها في معنى الذهب والفضة. قلنا: لا نسلم ذلك ولأن عادتهم لم تجز بالتفاخر بغير الذهب والفضة فلم تكن هذه الأشياء في معناها فامتنع الإلحاق بهما. ويجوز استعمال الأواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن يزيد قال: أتانا رسول الله ﷺ فأخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ. رواه البخاري وأبو داود وغيرهما. ويستدل به على إباحة غير الذهب والفضة لأنه في معناه بل عينه. قال رحمه الله: **(وحل الشرب في إناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع الفضة)** يعني يتقي موضعها بالفم، وقيل بالفم واليد في الأخذ والشرب وفي السرج والكرسي موضع الجلوس، وكذا الأناء المضبب بالذهب الفضة، وكذا الكرسي المضبب بهما، وكذلك إذا جعل ذلك في نصل السيف والسكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة، وكذا إذا جعل ذلك في المسجد أو حلقة للمرأة أو جعل المصحف مذهباً أو مفضضاً، وكذا اللجام والركاب المفضض، وهذا كله عند الإمام. وقال أبو يوسف: يكره ذلك كله. وقول محمد يروي مع الإمام ويروي مع الثاني، وهذا الخلاف فيما إذا كان يخلص، وأما المموه الذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع لأنه مستهلك فلا عبرة به. قال الشارح: للثاني ما روي عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال «من شرب من إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه شيء من ذلك فإنما يجرجر في بطنه نار جهنم» رواه الدارقطني. ورد عليه بعض حيث قال: لو ثبت هذه الزيادة كان حجة قاطعة على الإمام لكن لم نجده في رواية البخاري وغيره إلا خالياً عن هذه الزيادة ا هـ. أقول: عدم وجدان تلك الزيادة فيما ذكر لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم ير محلها مع أن هذا القائل من فرسان ميدان علم الحديث فليتأمل. وللإمام ما روي عن الإخبار مطلقاً من غير قيد بشيء ولما روي عن أنس أن قدح رسول الله ﷺ كان فيه ضبة فضة ولأن الاستعمال هو القصد للجزء الذي يلاقي العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم كالعمامة المعلمة بالذهب. وروي أن هذه المسألة

وقعت في مجلس أبي جعفر الدوانقي والإمام حاضر وأئمة عصره حاضرون فقالت الأئمة يكره والإمام ساكت فقيل له: ما تقول؟ قال: إن وضع فمه في موضع الفضة يكره وإلا فلا. قيل له: من أين لك؟ قال: أرأيت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه يكره ذلك فوقفت الكل وتعجب ابن جعفر من جوابه. وفي نوادر هشام في قارورة ذهب أو فضة يصب منها الدهن على رأسه والأشنان أكرهه ولا أكره الغالية، وفرق بينهما بأن في الغالية يدخل الإنسان يده فإذا أخرجه إلى الكف لم يكن استعمالاً فأما الدهن فإنه يستعمل ولا يشد الأسنان بالذهب. ولو جدع أنفه لا يتخذ أنفاً من ذهب ويتخذه من الفضة عند الإمام، وعند الثالث يتخذ من الذهب لما روي عن عرفجة أنه أصيب أنفه فاتخذ أنفاً من الفضة فأنتن فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بأن يتخذ أنفاً من الذهب، ولأن الفضة والذهب مستويان في الحرمة. وإذا سقطت ثنيته فإنه يكره أن يعيدها ويشدها بذهب أو فضة ولكن يأخذ سن شاة مذكاة فيجعلها مكانها عند الإمام. وقال أبو يوسف: يشدها بالذهب والفضة في مكانها؛ كذا في المحيط مع بيان الدليل ا هـ. وفي العتابية: وسلاسل الخيل من الفضة فيها الخلاف المتقدم ا هـ. قال رحمه الله: **(ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة)** قال الشارح: وهذا سهو لأن الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وإنما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة لأن خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات ا هـ. أقول: أن أصل عبارة المؤلف في الحل والحرمة لضمني فأسقط بعض الكتبة لفظ الضمني فشاع ذلك واشتهر حتى إذا كان خادم كافر أو أجير مجوسي فأرسله ليشتري له لحماً فقال اشتريت من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله، وإن قال اشتريت من مجوسي لا يسعه فعله لأنه لما قبل قوله في حق الشراء منه لزم قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا، وإن كان لا يقبل قوله فيه قصداً بأن قال حلال أو هذا حرام ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعاً للأرض يجوز وكم من شيء يصح ضمناً وإن لم يصح قصداً؛ كذا صرحوا به قاطبة، ولو قال اشتريته من غير المسلم والكتابي فإنه يقبل قوله في ذلك ويتضمن حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضاً. قال رحمه الله: **(والمملوك والصبي في الهدية والإذن)** والأصل أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حراً كان أو عبداً مسلماً كان أو كافراً، صغيراً كان أو كبيراً لعموم الضرورة الداعية إلى ذلك وإلى سقوط اشتراط العدالة فإن الإنسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح، ولأن المعاملات ليس فيها إلزام واشتراط العدالة للإلزام فلا معنى لاشتراطها فيها فاشترط فيها التمييز لا غير فإذا قبل فيها قول المميز وكان في ضمن قبوله فيها قبوله في الديانات يقبل قوله في الديانات ضمناً لما

والفاسق في المعاملات لا في الديانات ولو أخبر مسلم ثقة حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى

ذكرنا حتى إذا قال المميز أهدي إليك فلان هذه الجارية أو بعثني مولاي بها إليك وسعه الأخذ والاستعمال حتى جاز له الوطء بذلك لأن الديانات دخلت تبعاً للمعاملات كما تقدم بخلاف الديانات المقصودة لأنه لا يكثر وقوعها كالمعاملات، ولا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة إلى قبول قول الفاسق لأنه متهم فيها، وكذا الكافر والصغير لأنهما متهمان فيها. وأطلق في الهدية والإذن فشمل ما إذا أخبر بإهداء المولى نفسه أو غيره بأن يقول أهداني إليك سيدي، وشمل أيضاً ما إذا أخبر المملوك بإهداء الجواري والمتاع وغيره؛ كذا في الهداية وغيرها. وفي المحيط: والمعتوه كالصبي ا هـ. قال في الهداية: وفي الإذن بأن جعل المولى عبده مأذوناً له في التجارة قال: لو أن رجلاً قد علم أن جارية لرجل يدعيها رجل فرآها في يد رجل آخر يبيعها فقال الذي في يده الجارية قد كانت كما قلت إلا أنها لي وصدقه في ذلك وكان مسلماً ثقة فلا بأس بأن يشتريها منه. وفي الخانية: ولا تقبل هدية ولا صدقة حتى يتحرى، فإن وقع في قلبه أنه صادق يقبل منه، وإن لم يقع تحريه على شيء من ذلك بقي ما كان على ما كان، وإن كان وقع تحريه على أنه كاذب لا يقبل منه. قال في التلويح: قيل ذكر فخر الإسلام أن خبر المميز الغير العدل يقبل في الوكالة والهدايا من غير تحر، وفي موضع آخر أنه يشترط التحري وهو المذكور من كلام السرخسي ومحمد فقيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الهدية فيشترط، ويجوز أن يشترط استحساناً، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان. قال رحمه الله: **(والفاسق في المعاملات لا في الديانات)** يعني يقبل قول الفاسق فيما ذكر لقول تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبا فتبينوا﴾ [الحجرات: ٦] والتبيين التثبت وهو طلب البيان وذلك بالتحري وطلب الصدق في خبره لأن الفاسق قد يكون ذا مروءة فيستنكف عن الكذب وقد يكون ذا خسة لا يبالي عن الكذب فوجب طلب التحري، فإن وقع تحريه على أنه صادق يقبل قوله وإلا فلا، والأحوط والأوثق أن يريقه ويتيمم. وفي المحيط: ولو أخبر بذلك فاسق أو من لا تعرف عدالته فإن غلب على ظنه صدقه قد يسمع قوله وإلا فلا ا هـ. ولا يقبل قول الذمي. وفي الخانية: أي لأن الكافر يعتقد أن المسلم على دين باطل فيقصد الإضرار به للعداوة فترجح الكذب في خبره فلا يجب التحري بل يستحب لأن احتمال الصدق قائم بخلاف ما لو أخبره فاسق فإن التحري يجب لاستواء الصدق والكذب فيه؛ كذا في المحيط. قال الشارح: ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه يقبل. ويقبل في الديانات قول العبد والإماء إذا كانوا عدولاً لترجح جانب الصدق في خبرهم والوكالة من المعاملات والإذن في التجارة من المعاملات وكل شيء ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع فهو من المعاملات، فإن كان فيه شيء من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد. ومن الديانات الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال ملك قال

أنه ذبيحة مجوسي وقال الباقون بل حلال وهم عدول أخذ بقولهم ومن دعي إلى وليمة

السغناقي: لا يقبل خبر العدل في الديانات إذا كان فيه زوال ملك حتى لو أخبر رجل عدل أو امرأة الزوجين بأنهما ارتضعا على فلانة لا يقبل بل لا بد من الشهادة ا هـ. فإن قلت: لماذا اشترط في قبول خبر العدل عدم زوال الملك ولم يشترط ذلك في قبول خبر الصبي والمملوك حتى لو قال الصبي أو العبد سيدي أهدي اليك هذه الجارية قبل قوله وفيه زوال الملك مع أن العبد أدنى حالاً من الحر العدل؟ قلنا: لأن ملكة للرقبة أدنى حالاً من ملك النكاح بدليل اشتراط الشهادة في ملك النكاح دون ملك الرقبة فلهذا اشترط في خبر الحر ما ذكر دون خبر الصبي فتأمل ا هـ. وحاصله أن الخبر أنواع: أحدها خبر الرسول فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير. والثاني خبره فيما فيه عقوبة فهو كالأول عند الثاني وهو اختيار الجصاص خلافاً لأبي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه الثواب عنده وشهر رمضان من القسم الأول. والثالث حقوق العباد فيما فيه إلزام من وجه دون وجه فيشرط فيه إحدى شرطي الشهادة إما العدد أو العدالة خلافاً لهما حيث يقبل فيها خبر كل مميز. والرابع العلامات وقد بينا حكمها ا هـ. وفي التتارخانية: وشرط أن يكون الخبر عدلاً مسلماً، والحاكم الشهيد ذكر في المختصر العدالة ولم يذكر الإسلام وتبين بما ذكر الحال وأن ذكر الإسلام اتفاقي وليس بشرط ا هـ. قال رحمه الله: **(ولو أخبر مسلم ثقة حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى أنه ذبيحة مجوسي وقال الباقون بل حلال وهم عدول أخذ بقولهم)** وكذا لو أخبره عدلان الصدق يترجح بزيادة العدد في المخبر بخلاف الشهادة فإن كانوا متهمين أخذ بقول الواحد لأنه لا يجوز إبطال خبر العدل بخبرهم، وإن كان فيهم واحد عدل يتحرى كما لو أخبره عدلان أحدهما بالحل والآخر بالحرمة يجب ترجيح أحدهما بالتحري، وإن لم يكن له رأي واستويا عنده فلا بأس بأن يأكل بخلاف ما إذا روي أحدهما خبراً بحرمة وروي أحدهما بحل ترجح الحرمة على الحل بجعل الحرمة ناسخاً. ولو أخبره اثنان بالحل وواحد بالحرمة فلا بأس بأكله، ولو أخبره حران بحرمة وعبدان بحل يترجح خبر الحرين بالحرمة، ولو أخبره حران عدلان يحل وأربعة عبيد بحرمة أو رجل يحل وامرأتان بحرمة ترجح بالذكورية والحرية. ومن اشترى جارية فأخبره مسلم ثقة أنها حرة الأصل أو أخته من الرضاع فله أن يطأها وإن تنزه فهو حسن لأن شهادة الواحد لا تبطل الملك ولا توجب حرمة الرضاع. ولو ملك طعاماً أو جارية بسبب فشهد مسلم ثقة أن المملك غصبه من فلان تنزه عن أكلها ووطئها، ولو أخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي وأخبره القصاب بأنه ذبيحة مسلم والقصاب عدل تنزه عن ذلك، ولو فعل لا شيء عليه. ولو عرف جارية لزيد ورآها في يد غيره لم يسعه أن يشتريها ما لم يعرف أنها ملك الذي في يده أو مأذون في بيعها. رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها فغاب عنها وأخبره ثقة حراً أو عبداً أو محدوداً في قذف أنها ارتدت عن الإسلام وسعه أن يتزوج أربعة سواها إذا كان أكبر

وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل.

رأيه أنه صادق، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتزوج إلا ثلاثاً. امرأة غاب عنها زوجها فأخبرها مسلم ثقة بأنه مات أو طلقها ثلاثاً وكان غيره ثقة أو أتاها كتاب بالطلاق ولا تدري أهو كتابه أو لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس أن تعتد وتتزوج، ولو أخبرها رجل أن أصل النكاح كان فاسداً أن تتزوج بقوله وإن كان ثقة. ولو شهدا للمرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً أو مات وهي تجحد ثم ماتا أو غابا قبل الشهادة عند القاضي لم يسع المرأة أن تقيم معه ولا أن تمكنه من نفسها ولا أن تتزوج بغيره، وكذا إذا سمعت الطلاق منه وهو يجحد فحلفه القاضي وردها إليه لم يسعها المقام عنده ولا أن تعتد وتتزوج بغيره، ولو شهد عند الأمة عدلان أن مولاها أعتقها وهو يجحد تمنعه من القربان وغيره؛ كذا في المحيط مختصراً. قال رحمه الله: **(ومن دعي إلى وليمة وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل)** يعني إذا أحدث اللعب والغناء بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج، ولا يخفى أن قوله «وثم إلى آخره» جملة حالية عن نائب فاعل دعي فيفيد وجود ذلك حال الدعوة، فلو قال فحضر لعب لكان أولى فتأمل. وعللوا ذلك بأن إجابة الدعوة سنة لقوله عليه الصلاة والسلام «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»[1] فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة كصلاة الجنازة لأجل النائحة فإن قدر على المنع منع من غيره. قال في العناية أخذاً من النهاية: قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فإنه لا يلزم من تحمل المحذور لأجل الفرض تحمله لأجل السنة. أجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تركها لقوله «فقد عصى أبا القاسم» الحديث. فأورد على أن هذا بأنهم أرادوا بقولهم في قوة الواجب مثل الواجب في الأحكام فهو مشكل لوجوب الفرق بينهما في الأحكام بأن تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل حرمان الشفاعة، وإن أرادوا بأنها في قوة الواجب مجرد بيان تأكيد السنة فلا يجدي نفعاً. وأجيب بأن إجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا ابتداء إلا أنها تنقلب إلى الواجب بقاء بعد الحضور حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه فصار نظير الصلاة النافلة تنتقل إلى الواجب بل إلى الفرض بالتزامه بالمشروع؛ أشار إليه صاحب الهداية فيكون قوله «كصلاة الجنازة» قياس واجب على واجب. وبيان تقريب الدليل ببيان الدعوى على ثلاثة أوجه: الأول إذا دعي إلى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلاً، والثاني إذا دعي إلى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيء من البدع أصلاً ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه، والثالث إذا ادعى إلى ذلك وذكر إن ثمة شيء من البدع فعلمه المدعوّ قبل الحضور ففي الوجهين الأولين كانت الدعوة على وجه السنة فلا تكون الإجابة لازمة للمدعو اهـ. وهذا

---

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٧٢. مسلم في كتاب النكاح حديث ١٠٧، ١١٠. أبو داود في كتاب الأطعمة باب ١. الموطأ في كتاب النكاح حديث ٥٠. أحمد في مسنده (٢/ ٦١).

....

كله بعد الحضور، ولو علم قبل الحضور لا يقبله. ولقائل أن يقول الحديث المذكور يشمل ما بعد الحضور وما قبله لأنه قد تقرر في الأصول أن المعرف بالألف واللام إذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق فيعم كل دعوة، وقد يجاب عنه بأنه وإن كان عاماً من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع ا هـ. فإن كان ممن يقتدى به فلم يقدر على منعهم خرج ولم يقعد لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين، وما حكي أن الإمام وقع له ذلك كان قبل أن يصير قدوة. وإن كان ذلك على المائدة فلا يقعد، وإن كان هناك لعب وغناء قبل أن يحضر فلا يحضر لأنه لا يلزمه الإجابة إلا إذا كان هناك منكر لما روي عن علي قال: صنعت للنبي ﷺ طعاماً فدعوته له فحضر فرأى لي البيت تصاوير فرجع. وعن ابن عمر قال: نهى النبي ﷺ عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منسطح. رواه أبو داود. ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القصب قال عليه الصلاة والسلام «ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الحر والحرير والخمر والمعازف»[(١)] أخرجه البخاري. وفي لفظ آخر «ليشربن اناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤوسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الأرض ويجعل منهم القرد والخنازير»[(٢)] واختلفوا في التغني المجرد قال بعضهم إنه حرام مطلقاً والاستماع إليه معصية لإطلاق الحديث وهو اختيار شيخ الإسلام، ومنهم من قال لا بأس به ليستفيد به فهم المعاني والفصاحة، ومنهم من جوز التغني لدفع الوحشة إذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي لأنه روي ذلك عن بعض الصحابة. ولو كان في الشعر حكم أو قصة لا يكره. وكذا لو كان فيه ذكر امرأة غير معينة، وكذا لو كانت معينة وهي ميتة ولو كانت حية يكره؛ كذا في الشارح. وفي المحيط: ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة لقوله عليه الصلاة والسلام «كل لعب حرام إلا ملاعبة الرجل زوجته وقوسه وفرسه» لأنه يصد عن الجمع والجماعات وسبب للوقوع في فواحش الكلام وغيره. واستماع صوت الملاهي حرام كالضرب بالقصب وغيره قال عليه الصلاة والسلام «استماع الملاهي معصية، والجلوس عليها فسق، والتلذذ بها كفر» وهذا خرج على وجه التشديد لا أنه يكفر. وعن الحسن بن زياد: لا بأس بأن يكون في العرس دف يضرب به ليشتهر ويعلن النكاح. وسئل أبو يوسف أيكره للمرأة أن تضرب في غير فسق للصبي؟ قال: لا أكره. ولا تركب امرأة مسلمة على السرج لقوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله السروج على الفروج» هذا إذا ركبت متلهية أم متزينة لتعرض نفسها على الرجال،

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأشربة باب ٦. أبو داود في كتاب اللباس باب ٦.

(٢) رواه البخاري في كتاب الأشربة باب ٦. أبو داود في كتاب الأشربة باب ٦. ابن ماجه في كتاب الأشربة باب ٨. أحمد في مسنده (٤/ ٢٣٧) (٥/ ٣١٨).

فصل في اللبس

حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير إلا قدر أربع أصابع وحل توسده وافتراشه ولبس ما

فإن ركبت لحاجة كالجهاد والحج فلا بأس به. رجل أظهر الفسق في داره فللإمام أن يتقدم عليه فإن لم يمتنع فالإمام بالخيار إنشاء ضربه أسواطاً وإن شاء أخرجه من داره لأن الكل يصلح للتعزير. قال أبو يوسف في داره يسمع مزامير ومعازف أدخل عليهم بغير إذنهم لا أمنع الناس عن إقامة هذا الفرض، ولو رأى منكراً وهو ممن يرتكب هذا المنكر له أن ينهي عنه لأن الواجب عليه ترك المنكر والنهي عن المنكر فإذا ترك أحدهما لا يترك الآخر ا هـ. وفي الذخيرة وغيرها: لا بأس بضرب الدف في العرس والوليمة والأعياد. وكذا لا بأس بالغناء في العرس والوليمة والأعياد حيث لا فسق. وفي الخلاصة: وعن عمر أنه أحرق بيت الخمار. وعن الإمام الزاهد الصفار أنه أمر بتخريب دار الفسق بسبب الفسق. وفي الظهيرية: لا بأس بالمزاح بعد أن لا يتكلم بكلام فيه مأثم ويقصد به إضحاك جلسائه. وفي الجامع الصغير للعتابي: وكل لعب غير الشطرنج فهو حرام. وفي الحاوي سئل عمن رأى رجلاً سرق مال إنسان قال: إن كان لا يخاف الظلم منه يخبر به، وإن كان يخاف ترك. وفي الظهيرية: الأمر بالمعروف باليد على الآمر أو باللسان على العلماء وبالقلب على عوام الناس وهو اختيار الزندويسي. وفي الخانية: رجل دعاه الأمير فسأله عن أشياء إن تكلم بما يوافق الحق لا يرضيه فإنه لا ينبغي له إن يتكلم بما يخالف الحق، وهذا إذا كان لا يخاف القتل على نفسه ولا إتلاف عضوه ولا يخاف على ماله وإذا خاف ذلك منه فإنه لا بأس به ا هـ. والله أعلم.

فصل في اللبس

لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه فقدم فصل الأكل والشرب لأن احتياج الإنسان إلى الأكل والشرب أشد من احتياجه إلى النظر لتحقق الأول. وفي جميع الأوقات دون الثاني ا هـ. قال رحمه الله: **(حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير إلا قدر أربع أصابع)** يعني يحرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير واللام تأتي بمعنى «على» قال الله تعالى ﴿وإن أساتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها. وإنما حرم لبس الحرير على الرجال دون النسء لما روى أبو موسى الأشعري إن النبي ﷺ قال «أحل الذهب والحرير للإناث من أمتي وحرم على ذكورها» رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه. ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام قال «من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة» إلا أن اليسير معفو عنه وهو مقدار أربع أصابع لما روى أحمد ومسلم البخاري «نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربع» الحديث. قال رحمه الله: **(وحل توسده وافتراشه)** يعني للرجال والنساء وهذا عند الإمام. وقال مالك: يكره له ذلك؛ كذا في الجامع الصغير: وذكر

سداه حرير ولحمته قطن أو خز وعكسه حل في الحرب فقط ولا يتحلى الرجل بالذهب

القدوري قول أبي يوسف مع محمد، وذكره أبو الليث مع أبي حنيفة. لمحمد ما روي عن أبي حنيفة أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج وأن يجلس عليه. رواه البخاري. وقال سعد بن أبي وقاص لئن أتكئ على جمر الغضا أحب إلي من أن اتكئ على مرافق الحرير. وللإمام ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام جلس على مرقعة من حرير، ولأن القليل من الملبوس يباح فكذا القليل هنا، ولأن النوم والافتراش والتوسد إهانة ولأن المحرم اللبس والافتراش والنوم علة الجلوس وجعله ستارة وتعليقه وجعله بيتاً ليس عرفاً فلا يحرم ولا يكره تكة الحرير وتكة الديباج. ولو جعل الحرير بيتاً أو علقه قال الإمام: لا يكره. وقال محمد: يكره؛ كذا في المحيط. قال الشراح: يعني الرجل والمرأة جميعاً في هذا الحكم يعني في عدم كراهة توسده إلى آخر أو كراهته عند محمد ا هـ. ولك أن تقول تعميم قول أبي يوسف رحمه الله في الكراهة للنساء مشكل فإن قوله عليه الصلاة والسلام «حلال لإناثهم» يعم التوسد والافتراش والجلوس والستارة وجعله بيتاً فكيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث فليتأمل. وقد يجاب بأن الحل للنساء لأجل التزين للرجال وترغيب الرجل فيها وفي وطئها وتحسينها في منظره فالعلة النقلية منظور فيها إلى هذه العقلية والدليل على ذلك تحريمه على الرجل والحل للنساء والعلة العقلية لم توجد في التوسد وغيره فلهذا قالا يكره ذلك للنساء فتأمل. وفي النصاب: ويكره اتخاذ الخلخال في رجل الصغير ا هـ. قال رحمه الله: **(ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن أو خز)** يعني حل للرجال لبس هذا لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم للمسدي بالحرير، ولأن الثوب يصير ثوباً إلا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو تقول لا يكون ثوباً إلا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر التي تظهر في المنظر وهي اللحمة فتكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى. والديباج لغة وعرفاً ما كان كله حريراً قال في المغرب: الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم: قال في النهاية وغيرها: وجوه هذه المسألة ثلاثة: الأول ما يكون كله حرير وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق، وأما في الحرب فعند الإمام لا يجوز، وعندهما يجوز. والثاني ما يكون سداه حرير ولحمته غيره ولا بأس به بالحرب وغيره. والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره كما سيأتي والخز وبر دابة تخرج من البحر يؤخذ وينسج.

قال رحمه الله: **(وعكسه حل في الحرب فقط)** يعني ولو عكس المذكور وهو أن تكون لحمته حريراً وسداه غيره وهو لا يجوز إلا في الحرب لما ذكرنا أن العبرة باللحمة، ولا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب عند الإمام، وعندهما يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير الخالص في الحرب ورخص في لبس الخز والديباج في الحرب فلأن فيه ضرورة لأن الخالص منه أرفع لعدة السلاح وأهيب في عين العد وليريعه. وللإمام إطلاق

والفضة إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة والأفضل لغير السلطان والقاضي

النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير من غير تفصيل والضرورة اندفعت بالمخلوط فلا حاجة إلى الخالص. وقال أبو يوسف: أكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا رأى محشو القز لأن الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوباً قال: هذا الجواز في الحرب إذا كان الثوب صفيقاً يجيء منه بأس إلى ارتهاب العدو في الحرب، وأما إذا كان رقيقاً لا يجيء منه الارتهاب للعدو فإنه يكره بالإجماع، ولو جعل ظهارة أو بطانة فهو مكروه لأن كليهما مقصود وتقدم لو جعل محشواً؛ كذا في المحيط. وفي التتارخانية: وإنما يكره اللبس إذا لم تقع الحاجة في لبس فلو كان به جرب أو حكة كثيراً ويجد غيره لا يكره لبسه. وفي السراجية: ويكره أن يلبس الذكور قلنسوة الحرير ويكره لبس الثوب المعصفر. وفي المنتقى عن الإمام: يكره للرجال أن يلبسوا الثوب المصبوغ بالعصفر أو الورس أو الزعفران. وفي الذخيرة عن محمد: النهي عن لبس المعصفر قيل المراد به أن يلبس المعصفر ليحبب نفسه للنساء وورد «وإياكم والأحمر فإنه زي الشيطان» ولا يكره اللبد الأحمر للسرج. وفي الذخيرة وسئل عن الزينة والتجمل في الزنية فقال: ورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه خرج وعليه رداء قيمتها أربعة آلاف درهم فقال «إذا أنعم الله على العبد بنعمة يجب أن يظهر أثرها عليه»[١] قال الإمام بالجواز. وفي الخلاصة: لا بأس بلبس الثياب الجميلة إذا كان لا ينكر عليه فيه، ولا بأس بجمع المال من الحلال إذا كان لا يضيع الفرائض ولا يمنع حقوق الله تعالى. وفي التتمة: إرخاء الستر في البيوت مكروه. وفي الظهيرية: يجوز للإنسان أن يبسط في بيته ما شاء من الثياب المتخذة من الصوف والقطن والكتان المصبوغة وغير المصبوغة والمنقشة وغير المنقشة، وله أن يستر الجدار باللبد وغيره، ويجوز أن يبسط ما فيه صورة. وفي الفتاوى العتابية: ويكره أن يتخذ للجواري ثياباً كالرجل ويتخذ لهن ثياباً كثياب النساء، ويكره للرجال السراويل التي تقع على ظهر القدم. وفي الملتقط: ولا بأس بجلود النمر وسائر السباع. وفي الإبانة: يجوز لبس النعل المسمر بالمسامير الحديد. وفي الذخيرة: الثوب المتنجس بنجاسة تمنع جواز الصلاة هل يجوز للبسه في غير الصلاة؟ عن أبي يوسف لا يجوز لبسه في غير الصلاة بلا ضرورة. قال رحمه الله: **(ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة)** لما روينا غير أن الخاتم وما ذكر مستثنى تحقيقاً لمعنى النموذج والفضة لأنهما من جنس واحد وكان للنبي ﷺ خاتم من فضة وكان في يده إلى أن توفي ثم في يد أبي بكر إلى أن توفي ثم في يد عمر إلى أن توفي ثم في يد عثمان إلى أن وقع في البئر فأنفق مالاً عظيماً في طلبه فلم يجده، ووقع الخلاف بين الصحابة والتشويش من ذلك الوقت إلى أن استشهد. والسنة في

---

(١) رواه الترمذي في كتاب الأدب باب ٥٤. أحمد في مسنده (٢/ ٣١١) (٤/ ٤٣٨).

ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص وشد السن بالفضة وكره إلباس ذهب وحرير صبياً كالخرقة لوضوء أو مخاط والرتم.

حق الرجل أن يجعل فص الخاتم في باطن كفه، وفي حق المرأة أن تجعله في ظاهر كفها لأنها تزين به دون الرجل. ولا بأس بالتختم بالفضة إذا كان له حاجة إليه كالقاضي والسلطان ولغير ذلك مكروه لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى في يد رجل خاتماً أصفر فقال: مالي أجد منك رائحة الأصنام. ورأى في يد آخر خاتم حديد فقال: ما لي أرى عليك حلية أهل النار. وروي عن ابن عمر أن رجلاً جلس إلى النبي ﷺ وعليه خاتم ذهب فأعرض عنه. والتختم بالذهب حرام، ومن الناس من أطلق التختم بحجر يقال له يشب لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر والحلقة هي معتبرة لأن قوام الخاتم بها. ولا يعتبر بالفص لأنه يجوز من الحجر والأولى أن لا يتختم إذا كان لا يحتاج إليه. ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص يعني في ثقبه لأنه تابع كالعلم فلا يعد لابساً ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه الصلاة والسلام «اتخذه من ورق ولا تزده على مثقال» ورد النص بجواز التختم بالعقيق وقال عليه الصلاة والسلام «تختموا بالعقيق فإنه مبارك» الحديث. وفي الحاوي: ولا بأس أن يتخذ الرجل خاتم فضة، فإن جعل فصه من عقيق أو ياقوت أو فيروزج أو زمرد فلا بأس به، وإن نقش عليه اسمه أو اسم أبيه أو اسماً من أسماء الله فلا بأس به، ولا ينبغي أن ينقش عليه تماثيل من طير أو هوام الأرض، ولا بأس بأن يشرب من كفه وفي خنصره خاتم ذهب، ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في الفضة، وفي الينابيع: كان ﷺ يتختم باليمين وأبو بكر وعمر بالشمال وفي الفتاوى: وينبغي أن يلبس الخاتم في خنصره اليسرى دون سائر أصابعه ولا ينبغي أن يخضب يد الصغير أو رجله. قال رحمه الله: **(والأفضل لغير السلطان والقاضي ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص)** وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: **(وشد السن بالفضة)** يعني يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب، وقال محمد: يحل بالذهب أيضاً وقدمنا بيان ذلك. قال رحمه الله: **(وكره إلباس ذهب وحرير صبياً)** لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور حرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها للصبي. قال رحمه الله: **(كالخرقة لوضوء أو مخاط والرتم)** يعني لا تكره الخرقة لوضوء ولا الرتم. وفي الجامع الصغير: يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لأنها بدعة ولم يكن النبي ﷺ يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة ولا من التابعين وإنما كانوا يتمسحون بأرديتهم وفيها نوع تجبر، والصحيح أنه لا يكره والرتم لأن عامة المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان مناديل للوضوء والخرق لمسح العرق والمخاط ولحمل شيء يحتاج إليه، وما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن، حتى لو حملها لغير

فصل في النظر واللمس

لا ينظر إلى غير وجه الحرة وكفيها ولا ينظر من اشتهى إلى وجهها إلا الحاكم والشاهد

حاجة يكره. والرتم هو الرتيمة وهي الخيط للتذكر ليعقد في الأصابع وكذا الرتمة فقيل الرتم ضرب من الشجر. وقال: معناه كان الرجل إذا خرج إلى سفر عمد إلى هذه الشجرة فعقد بعض أغصانها ببعض فإذا رجع وأصابه بتلك الحالة قال لم تخن امرأتي، وإن أصابه قد انحل قال خانتني. ثم الرتيمة قد تشبه بالتميمة على بعض الناس وهو خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم. وذكر في حدود الإيمان أنه كفر. والرتيمة مباح لأنها تربط للتذكير عند اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم. وذكر في حدود الإيمان أنه كفر. والرتيمة مباح لأنها تربط للتذكير عند النسيان وقد ورد أنه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق غرض صحيح فلا يكره بخلاف التميمة فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيها أن الرقي والتمائم والنودة شركة على ما يجيء إن شاء الله تعالى.

فصل في النظر واللمس

ولما أنهى الكلام على مسائل اللبس وقدمه لشدة الاحتياج إليه ذكر بعده مسائل النظر لأنها أكثر وقوعاً من مسائر الاستبراء فلذا قدمها. ومسائل النظر أقسام أربعة: نظر الرجل إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة. والقسم الأول منها على أربعة أقسام: نظر الرجل إلى الأجنبية، ونظره إلى زوجته وأمته، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. والدليل على جواز النظر ما روي أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها رسول الله ﷺ وقال: يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا أو أشار إلى وجهه وكفيه. قال رحمه الله: **(لا ينظر إلى غير وجه الحرة وكفيها)** قال الشارح: وهذا الكلام فيه خلل لأنه يؤدي إلى أنه لا ينظر إلى شيء من الأشياء إلا إلى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضاً إلى النظر إلى هذين العضوين وإلى ترك النظر إلى كل شيء سواهما اهـ. ولا يخفى على متأمل عدم هذا الخلل لأن حرف «إلى» بدل عن «من» الابتدائية التي إلى غايتها فهو في قوة المنطوق، فالتقدير لا يجوز له النظر من المرأة إلى غير الوجه وكفيها فقد أفاد منع النظر منها غير الوجه وكفيها إلا التحريض فتدبره. واستدل الشارح على جواز النظر إلى ما ذكر بقوله تعالى ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ [النور: ٣١] قال علي وابن عباس: ما ظهر منها الكحل والخاتم لا الوجه كله والكف فلا يفيد المدعي فتأمل. والأصل في هذا أن المرأة عورة مستورة لقوله عليه الصلاة والسلام «المرأة عورة مستورة» إلا ما استثناه الشرع وهما عضوان، ولأن المرأة لا بدلها من الخروج للمعاملة مع الأجانب فلا بد لها من إبداء الوجه لتعرف فتطالب بالثمن ويرد عليها

وينظر الطبيب إلى موضع مرضها وينظر الرجل إلى الرجل إلا العورة والمرأة للمرأة

بالعيب، ولا بد من إبداء الكف للأخذ والعطاء، وهذا يفيد أن القدم لا يجوز النظر إليه، وعن الإمام أنه يجوز ولا ضرورة في إبداء القدم فهو عورة في حق النظر وليس بعورة في حق الصلاة؛ كذا في المحيط. وعن الثاني يجوز النظر إلى ذراعيها أيضاً لأنه يبدو منها عادة، وما عدا هذه الأعضاء لا يجوز النظر إليها لقوله عليه الصلاة والسلام «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة». الحديث. وهو الرصاص المذاب. وقالوا: ولا بأس بالتأمل في جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب بيان حجمها فلا ينظر إليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام «من تأمل خلف امرأة من ورائها ثيابها حتى تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة» وإذا كان الثوب لا يصف عظامها فالنظر لى الثوب دون عظامها فصار كما لو نظر إلى خيمة فيها فلا بأس به. قيدنا بالنظر لأنه يكره له أن يمس الوجه والكف من الأجنبية؛ كذا في قاضيخان. وشمل كلامه الحر المسلم البالغ والرقيق البالغ والصبي المراهق والكافر؛ كذا في الغياثية. وفيها: ولا بأس بالنظر إلى شعر الكافرة. اهـ.

قال رحمه الله: **(ولا ينظر من اشتهى إلى وجهها إلا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب إلى موضع مرضها)** والأصل أنه لا يجوز أن ينظر إلى وجه الأجنبية بشهوة لما روينا إلا للضرورة إذا تيقن بالشهوة أو شك فيها، وفي نظر من ذكرنا مع الشهوة ضرورة فيجوز، وكذا نظر الحاقن والحاقنة فيجوز، وكذا نظر الختان إذا أراد أن يداوي مع الختان، وكذا يجوز النظر للهزال الفاحش لأنه امارة البرص. ويجب على القاضي والشاهد أن يقصد أداء الشهادة والحكم لإقضاء الشهوة تحرزاً عن القبح بقدر الأمكان. هذا وقت الأداء، وأما وقت التحمل فلا يجوز أن ينظر إليها مع الشهوة لأنه يوجد غيره مما لا يشتهي فلا حاجة إليه. قال في الغياثية: واختلف المشايخ فيما إذا ادعي إلى التحمل وهو يعلم أنه إذا نظر إليها يشتهي، فمنهم من جوز ذلك بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لاقضاء الشهوة، والأصح أنه لا يجوز له ذلك. قال بعض شراح الهداية: وقد تنور هذا إباحه النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه ولا يقال الشاهد مخير هنا بين حسنتين إقامة الحد والتحرز عن التملك وهو أفضل، فإذا كان أفضل فكيف جاز النظر لأقامة الشهادة لأنا نقول: الضرورة والحاجة محققة في النظر إلى العورة الغليظة عند التحمل بالنسبة لإرادة إقامة الحد وإن لم تكن الضرورة والحاجة محققة بالنظر إلى الستر فالإباحة بالنظر إلى الأول فإن قلت: لماذا جاز لشاهد الزنا النظر عند التحمل ولو اشتهى ولم يجز لغيره وقت التحمل؟ قلنا: إنما جاز له لأن مقصوده إقامة الشهادة فلهذه الضرورة جاز قالوا: لأنه يوجد غيره ممن لا يشتهي. فإن قيل: يمكن هنا أيضاً أن يوجد غيره ممن لا يشتهي قلنا: لو طلب غيره ممن لا يشتهي لفرغ من فعل الزنا فلهذا اجاز هنا ولو اشتهى فتدبره. والطبيب إنما يجوز له ذلك إذا لم يوجد امرأة طبيبة فلو

....

وجدت فلا يجوز له أن ينظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. وينبغي للطبيب أن يعلم امرأة إن أمكن وإن لم يكن ستر كل عضو منها سوى موضع الوجع ثم ينظر ويغض ببصره عن غير ذلك الموضع إن استطاع لأن ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها، وإذا أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر إليها وإن خاف أن يشتهي لقوله عليه الصلاة والسلام «انظر إليها لأنه أحرى أن يدوم بينكما» ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفها وإن أمن الشهوة لوجود المحرم ولانعدام الضرورة وقال عليه الصلاة والسلام «من مس كف امرأة ليس له فيها سبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة» قال في التتارخانية: أصاب امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل النظر إليه، لم يوجد امرأة تداويها ولم يقدر أن يعلم امرأة تداويها يستر منها كل شيء إلا موضع القرحة ويغض بصره ما أمكن ويداويها. وفي المحيط أيضاً: ويجوز للمرأة إذا كانت تولد أخرى أن تنظر إلى فرجها وأن تمس فرجها اهـ. وقيدوا جواز النظر دون المس عند إرادة الزوج إذا كانت شابة تشتهى، وأما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس بدنها لانعدام خوف الفتنة. وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان يصافح العجائز فإذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها يحل له المصافحة، وإن يكونا لا يأمن عليها ولا على نفسه لا تحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة. فحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية، وفي أخرى يكفي أن يكون أحدهما مأموناً كبيراً لأن أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون اللمس سبباً للوقوع في الفتنة كالصغير. ووجه الأولى أن الشاب إذا كان لا يشتهي بمس العجوز فالعجوز تشتهي الشاب لأنها علمت بملاذ الجماع فيؤدي إلى الانتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيراً لأنه لا يؤدي إلى الانتهاء من الجانبين لأن الكبير لايشتهي بمس الصغير، ولهذا إذا مات صغير أو صغيرة تغسله المرأة والرجل ما لم تبلغ حد الشهوة، وكذا يجوز النظر إلى الصغير والصغيرة والمس إذا كان لا يشتهي. قال رحمه الله: **(وينظر الرجل إلى الرجل إلا العورة)** وهي ما بين السرة والركبة، والسرة ليست من العورة والركبة منها، وإنما لم ينبه المؤلف هنا لما قدم في كتاب الوضوء وقد بينا الدليل هناك. وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ أخف منه في السرة حتى ينكر عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السرة بضرب. وفي التتمة والإبانة: كان أبو حنيفة لا يرى بأساً بنظر الحمامي إلى عورة الرجل، وفي الكافي: وعظم الساق ليس بعورة. وفي الذخيرة: وما جاز النظر إليه جاز مسه. قال محمد بن مقاتل: لا بأس أن يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده عند التنور إذا كان يغض بصره. قال الفقيه: وهذه في حال الضرورة لا في غيرها، وينبغي لكل إنسان أن يتولى عورته بنفسه عند التنور. وفي التتمة: البيت الصغير في الحمام يدخله الرجل يحلق عانته هل يحل له أن يكون فيه عرياناً حتى يعصر إزاره؟ فقال في المدة اليسيرة يجوز. وقال أبو الفضل: لا بأس به. وقال غيره: يأثم به

والرجل للرجل وينظر الرجل إلى فرج امته وزوجته ووجه محرمه ورأسها فصدرها

وقالوا: كشف العورة في بيت بغير حاجة فقالوا يكره اهـ.

قال رحمه الله تعالى: **(والمرأة للمرأة والرجل للرجل)** وهذا هو القسم الرابع من التقسيمات، ومعناه المرأة للمرأة والرجل للرجل يعني نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل حتى يجوز للمرأة أن تنظر منها إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل إذا أمنت الشهوة والفتن لأن ما ليس بعورة لا يختلف فيه الرجال والنساء فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة، وإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها، ولو كان الرجل هو الناظر إلى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر إليه حتماً مع الخوف لأنه محرم عليه. والفرق أن الشهوة عليهن أغلب وهي كالمتحقق حكماً فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين، وإذا اشتهت لم توجد إلا منها فكانت من جانب واحد، والموجود من الجانبين أقوى في الإفضاء إلى الوقوع وإنما جاز ما ذكرنا للمجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل إلى الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن. وعن الإمام أن تنظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه فلا يجوز لها أن تنظر إلى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها إلى الرجل لأن الرجل يحتاج إلى زيادة الانكشاف، وفي الرواية الأولى يجوز وهو الأصح ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل جاز مسه لأنه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة. قال في النهاية: وهذا دليل على أنهن لا يمنعن دخول الحمام لأن العرف ظاهر به في جميع البلدان وبناء الحمامات للنساء وحاجة النساء إلى الحمام فوق حاجة الرجال لأن المقصود من دخوله الزينة والمرأة إلى هذا أحوط من الرجال ويمكن للرجل دخول الأنهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك غالباً اهـ. وحكي أن الإمام دخل الحمام فرأى رجلاً مكشوف العورة يقال له بطرطا وكان رجلاً متكلماً فغض أبو حنيفة بصره فقال له العاصي: مذكم أعمى الله بصرك؟ قال: مذهتك الله سترك اهـ. وفي الكافي: وعظم الساق ليس بعورة اهـ. قال رحمه الله: **(وينظر الرجل إلى فرج امته وزوجته)** يعني عن شهوة وغير شهوة قال عليه الصلاة والسلام «غض بصرك إلا عن زوجتك وأمتك» وما روي عن عائشة قالت: كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم في إناء واحد. ولأنه يجوز له المس والغشيان فالنظر أولى إلا أن الأولى أن لا ينظر كل منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا أتى أحدكم زوجته فليستتر ما استطاع ولا يتجرد أن تجرد البعير لأن النظر إلى العورة يورث النسيان» وكان ابن عمر يقول: الأولى النظر إلى عورة زوجته عند الجماع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة. وعن أبي يوسف سألت الإمام عن الرجل يمس فرج أمته أو هي تمس فرجه ليحرك آلته أليس بذلك بأس؟ قال: أرجو أن يعظم الأجر. والمراد بالأمة التي يحل وطؤها وأما إذا كانت لا تحل كأمته المجوسية أو المشركة أو أخته رضاعاً أو أم امرأته أو

وساقها وعضدها لا إلى ظهرها وبطنها وفخذها ويمس ما يحل له النظر إليه وأمة غيره

بنتها فلا يحل له النظر إلى فرجها. وفي الينابيع: ولا يحل له أن يأتي زوجته في الدبر إلا عند أصحاب الظاهر وهو خلاف الإجماع قال رحمه الله: (**ووجه محرمه ورأسها فصدرها وساقها وعضدها لا إلى ظهرها وبطنها وفخذها**) يعني يجوز النظر إلى وجه محرمه إلى آخره، ولا يجوز إلى ظهرها إلى آخر ما ذكر. والأصل فيه قوله تعالى ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو أبائهن﴾ [النور: ٣١] الآية. ولم يرد به نفس الزينة لأن النظر إلى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة، فالرأس موضع التاج والشعور، والوجه موضع الكحل، والعنق والصدر موضع القلادة، والأذن موضع القرط، والعضد موضع الدملج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست بمواضع الزينة، ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمرأة تكون في بيتها في ثياب بذلة ولا تكون مستورة عادة، فلو أمرت بالستر من محارمها لحرجت حرجاً عظيماً والشهوة فيهن منعدمة من المحارم بخلاف الأجنبي والمحرم من لا يحل نكاحها على التأبيد بنسب ولا سبب كالرضاع والمصاهرة وإن كان بالزنا، وقيل إن كانت حرمة المصاهرة ثابتة بالزنا لا يجوز له النظر إلى ما ذكر كالأجنبي لأن الحرمة في حقه بطريق العقوبة لا بطريق النعمة فلا يظهر فيما ذكرنا، والأول أصح اعتباراً للحقيقة. ولك أن تقول: الأنسب أن لا يذكر الفخذ هنا لأنه علم عدم جواز نظر المحرم إلى هذا من عدم جواز نظر الرجل إلى الرجل فيه بطريق الأولى لأن نظر الجنس إلى خلاف الجنس فيه أغلظ. فإن قلت: المقصود من ذكر الفخذ بيان الواقع والتصريح بما علم مما تقدم التزاماً قلت: إن كان هذا هو المراد فالأنسب أن يذكر الركبة بدل الفخذ لأن حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة بكونها أخف، وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة بالأولى لأنهما أقوى منها في حرمه النظر. واستدل الشارح وصاحب النهاية والمجتبى على الحل والحرمة لملابسة الآية التقدير، واعترض بأن الآية إنما تدل على الحل لا الحرمة والأولى كما في البدائع الاستدلال بقوله تعالى ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ [النور: ٣٠] إلا أنه رخص للمحارم النظر إلى موضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ﴿ولا يبدين زينتهن﴾ الآية. واعترض بعض المتأخرين على الدليل العقلي وهو قولنا يدخل من غير استئذان لما ذكر في البدائع أن المحارم لا تدخل عليهن من غير استئذان ربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره له ذلك وهذا غفلة منه لأن المراد أن لا يجب عليه الاستئذان لا الندب. قال في البدائع: لا يحل للرجل أن يدخل بيت غيره من غير استئذان وإن كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان إلا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل، فتلخص من عبارته أن الدخول في

....

بيت الأجنبي من غير استئذان حرام وفي بيت محارمه من غير استئذان مكروه والله الموفق. ثم قال تاج الشريعة: فإن قلت: إذا جاز الدخول من غير استئذان فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق من بيت أمه من الرضاع لجواز ما ذكرنا لنقصان الحرز في حقه قلت: لا يقطع عند البعض، وأما جواز الدخول عليها من غير استئذان ممنوع؛ ذكره خواهر زاده أن المحارم من حيث الرضاع لا يكون لهم الدخول عليها من غير استئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض اهـ كلامه. ولك أن تقول: ليس هذا الجواب بتام أما كونه لا يقطع عند البعض فهو قول أبي يوسف، وعلى قولهما يقطع وهو المختار بظاهر الرواية، وقد تقدم السارق في باب السرقة لأن الحرز في حقهم كامل اهـ.

قال رحمه الله: **(ويمس ما يحل له النظر إليه)** يعني يجوز أن يمس ما حل له النظر إليه من محارمه ومن الرجل لا من الأجنبية لتحقق الحاجة إلى ذلك من المسافرة والمخالطة، وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة ويقول أجد منها ريح الجنة وقال«من قبل رأس أمه فكأنما قبل عتبه الجنة» ولا بأس بالخلوة معها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يخلون رجل بأمرأة ليس منها سبيل فإن ثالثهما الشيطان» والمراد إذا لم تكن محرماً لأن المحرم بسبيل منها إلا إذا خاف على نفسه أو عليها الشهوة فحينئذٍ لا يمسها ولا ينظر إليها ولا يخلو بها لقوله عليه الصلاة والسلام «العينان يزنيان وزناهما النظر، واليدان يزنيان وزناهما البطش، والرجلان يزنيان وزناهما المشي، والفرج يصدق ذلك أو يكذبه» فكان في كل واحد منها زنا والزنا محرم بجميع أنواعه وحرمه الزنا بالمحارم أشد وأغلظ فيجتنب الكل. ولا بأس بالمسافرة بهن لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا بزوج أو محرم» وإن احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس أن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها من وراء إذا أمنا الشهوة، وإن خاف عليها أو على نفسه أو ظناً أو شكاً فليجتنب ذلك بجهده، فإن أمكنها الركوب بنفسها تمتنع من ذلك أصلاً، وإن لم يمكنها تتلفف بالثياب كي لا تصل حرارة عضوها إلى عضوه، وإن لم تجد الثياب فليدفع عن نفسه بقدر الإمكان. ولا بأس بأن يدخل على الزوجين محارمهما وهما في الفراش من غير وطء باستئذان، وكذا الخادم حين يخلوا الرجل بأهله، وكذا الأمة ويكره أن يأخذها بيده ويدخلها ويعلم الناس أنه يريدها اهـ.

(فروع) قال في الجامع الصغير: ويكره تقبيل غيره ومعانقته ولا بأس بالمصافحة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام سئل أيقبل بعضنا بعضاً؟ قال: لا. قالوا: ويعانق بعضنا بعضاً؟ قال: لا. قالوا: أيصافح بعضنا بعضاً؟ قال: نعم. قال مشايخنا: إن كان يأمن على نفسه من الشهوة وقصد البر والإكرام وتعظيم المسلم فلا بأس به والحديث محمول على هذا التفصيل المصافحة سنة قديمة متوارثة. وفي النوادر: وتقبيل يد العالم والسلطان العادل لا

كمحرمه وله مس ذلك إذا أراد الشراء وإن اشتهى ولا تعرض الأمة إذا بلغت في إزار

بأس به لما روي عن سفيان أنه قال: تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة. وفي جامع الجوامع: ولا بأس أن تمس الأمة الرجل وتغمزه وتدهنه ما لم يشته إلا ما بين السرة والركبة. وفي التتارخانية: ولم يذكر محمد في شيء من الكتب الخلوة والمسافرة بإماء الغير وقد اختلفوا فيه؛ فمنهم من قال لا يحل وإليه مال الحاكم الشهيد، ومنهم من قال يحل وبه قال الإمام شمس الأئمة السرخسي، والذين قالوا بالحل اختلفوا فيما بينهم بعضهم قال ليس له أن يعالجها في النزول والركوب، وبعضهم قال له ذلك إن أمن على نفسه الشهوة عليها. وفي الغياثية: والغلام الذي بلغ الشهوة كالبالغ، والكافر كالمسلم؛ هذا الذي ذكرناه إذا كانت شابة، فإن كانت عجوزاً قال في التتارخانية: فإن كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها وأن تغمز رجله، وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها. وفي الغياثية: ولا بأس أن يعانقها من وراء الثياب إلا أن تكون ثيابها رقيقة تصل حرارة بدنها إليه وفيما إذا كان الماس هو المرأة قال: إن كانت ممن لا يجامع مثلها ولا يجامع مثله فلا بأس بالمصافحة فليتأمل عند الفتوى، فإن كانت صغيرة لا تشتهى أو لا يشتهى مثلها فلا بأس بالنظر إليها ومسها. قال رحمه الله: **(وأمة غيره كمحرمه)** لأنها تحتاج إلى الخروج لحوائج مولاها في ثياب بذلة وحالها مع جميع الرجال كحال المرأة مع محارمها، كان عمر رضي الله عنه إذا رأى أمة متقنعة علاها بالدرة وقال: ألقي عنك الخمار أتتشبهين بالحرائر يا دفار. واعترض كيف عزرها على الستر الذي هو جائز والتعزير إنما يكون على ارتكاب المحظورات والمحرمات؟ وأجيب بأنه إنما فعل ذلك لأن الفساق إذا تعرضوا للحرائر كان ذلك أشد فساداً والتعرض للإماء دون ذلك في الفساد ففعل ذلك لئلا يجب الأول فيكون فيه تقليل الفساد. قال في المحيط: ويحل للأمة النظر إلى الرجل الأجنبي إلى كل شيء منه ومسه وغمزه ما خلا تحت السرة إلى الركبة اهـ. ولا يجوز أن ينظر إلى بطنها وظهرها كالمحارم خلافاً لمحمد بن مقاتل فإنه يقول بالجواز. قال رحمه الله: **(وله مس ذلك إذا أراد الشراء وإن اشتهى)** يعني جاز له أن يمس كل موضع بجوز له أن ينظر إليه كالصدر والساق والذراع والرأس ويقلب شعرها إذا أراد الشراء وإن خاف على الشراء فيباح له النظر والمس للضرورة وهو إرادة الشراء. وفي الشارح: أمة الرجل تكبس رجل زوجها ويخلو بها ولا يمنع من ذلك أحد، وأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالأمة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند الإمام.

قال رحمه الله: **(ولا تعرض الأمة إذا بلغت في إزار واحد)** يعني إذا أراد أن يعرض أمته للبيع فلا يعرضها في إزار واحد إذا كانت بالغة. والمراد بالإزار ما يستر ما بين السرة إلى الركبة لأن ظهرها وبطنها عورة ولا يجوز كشفها، والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد؛ روي ذلك عن محمد لوجود الاشتهاء. قال رحمه الله: **(والخصي**

واحد والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل وعبدها كالأجنبي من الرجال ويعزل عن أمته بلا إذنها وعن زوجته بإذنها.

والمجبوب والمخنث كالفحل) لقوله تعالى ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ [النور: ٣٠] وهم ذكور فيدخلون تحت الخطاب العام. وقالت عائشة: الخصي مثله ولا يبيح ما كان حراماً قبله ولأن الخصي ذكر يشتهي ويجامع وهو أشد جماعاً لأن آلته لا تفتر فصار كالفحل، والمجبوب ذكر يشتهي ويسحق وينزل. قال بعض المتأخرين: يسحق بفتح الياء ويسحق بضمها قال العيني: أي ينزل الماء وحكمه كأحكام الرجال في كل شيء، وقطع تلك الآلة كقطع عضو منه فلا يبيح شيئاً كان حراماً. وإن كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض أصحابنا الاختلاط مع النساء لوقوع الأمن من الفتنة قال الله تعالى ﴿والتابعين غير أولي الإربة من الرجال﴾ [النور: ٣١] فقيل هو المجبوب الذي قد جف ماؤه والأصح أنه لا يحل له لعموم النصوص، وكذا المخنث وهو الذي يأتي الرديء من الأفعال لا يحل له بالاتفاق لأنه كغيره من الفساق فيبعد عن النساء. وإن كان مخنثاً بأقواله وأفعاله متكسراً في أعضائه وليناً في لسانه وهو لا يشتهي النساء فقد رخص له بعض مشايخنا الاختلاف بالنساء. وفي الإبانة: الأصح أنه لا يحل له. وقالوا: الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء وإنما همه بطنه يرخص له الخلوة بالنساء والأصح له المنع. ولا بأس بدخول الخصي على النساء ما لم يبلغ حد الحلم وهو خمسة عشر سنة. قال رحمه الله: **(وعبدها كالأجنبي من الرجال)** حتى لا يجوز لها أن تبدي زينتها له إلا ما يجوز أن تبديه للأجنبي، ولا يحل له أن ينظر من سيدته إلا ما يجوز له أن ينظر إليه من الأجنبية. قال الإمام مالك والشافعي: نظره إليها كنظر الرجل إلى محارمه لقوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] ولنا أنه محل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت والآية واردة في الإماء. قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن: لا يغرنكم سورة النور فإنها واردة في الإناث لا في الذكور ولهذا لا يجوز لها أن تسافر معه لأنه أجنبي عنها. وفي المحيط: والعبد في النظر إلى سيدته التي لا قرابة بينه وبينها بمنزلة الرجل الأجنبي سواء كان العبد خصياً أو مجبوباً أو فحلاً. وفي قاضيخان: وللعبد أن يدخل على سيدته بغير إذنها بالإجماع. قال رحمه الله: **(ويعزل عن أمته بلا إذنها وعن زوجته بإذنها)** يعني لو وطئ أمته فله إذا أراد الإنزال أن ينزل خارج فرجها بغير إذنها، أما الزوجة فليس له ذلك إلا بإذنها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها، ولأن الحرة لها حق في الوطء حتى كان لها المطالبة به قضاء لشهوتها وتحصيلاً للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للأمة في الوطء والعزل لما ذكرنا. ولو كانت تحته أمة غيره فقد ذكرنا حكمه في النكاح. لا يقال هذه مكررة مع قوله في النكاح والإذن في العزل لسيد الأمة لأنا نقول: ذاك في الأمة المتزوجة وهذا في الأمة المطوءة بملك

فصل في الاستبراء وغيره

....

اليمين. لا يقال حق المرأة في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال وهو الإنزال ألا ترى أن من الرجال من يجامع ولا ماء له ينزله في فرجها ولا يكون لها حق الخصومة معه فيما ذكر لعدم الصنع من الرجل أما ههنا إذا كان له ماء فله الصنع في العزل فلها أن تطالبه بذلك والله تعالى أعلم.

فصل في الاستبراء وغيره

قال الشارح: أخر الاستبراء لأنه احتراز عن ملك مقيد والمقيد بعد المطلق. وقال بعض الفضلاء: فإن قلت: أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق؟ قلت: فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يضمن اللمس فالنهي عن المسمى نهى عنه فلذا عنوا به الوطء فتأمل اهـ. أقول: لا السؤال شيء ولا الجواب. أما الأول فلأنهم ما قالوا لأن الاحتراز من الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فأخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق، وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فإنه يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق، وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية. وأما الثاني فلأن بناءه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه. وأيضاً لا معنى لقوله «فلهذا عنوا به الوطء» لأن النهي عن المس إذا كان نهياً عن الوطء وكان العنوان بالمس عنواناً بالوطء أيضاً فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً كما لم يذكر فيه النهي عن الوطء استقلالاً. ثم أقول: الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فإن العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الإنزال فينزل خارج الفرج وإن مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان الوطء فإن الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه، وفي العزل مطلق عنه فإن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضاً ما في ضمن تلك المسألة كما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل.

(فروع) تتعلق بالنساء: رجل له امرأة لا تصلي يطلقها حتى لا يصحب امرأة لا تصلي، فإن لم يكن له ما يعطي مهرها فالأولى إن لا يطلقها. قال الإمام أبو جعفر الكبير صاحب محمد بن الحسن: لأن ألقى الله ومهرها في عنقي أحب إلي من أن أطأ امرأة لا تصلي. غمز الأعضاء في الحمام من غير ضرورة مكروه. وفي الذخيرة وفي مجموع النوازل أنه يباح ذلك فيما فوق السرة ودون الركبة ويباح فيما بينهما، وبعض مشايخنا قالوا: لا بأس بذلك بشرطين:

....

أحدهما أن لا يغسل الخادم لحيته لأن فيه إهانة صاحب اللحية، ولا يغمز رجله لأن فيه إهانة بالخادم. قال الفقيه أبو جعفر: سمعت الشيخ الإمام أبا بكر يقول: لا بأس بأن يغمز الرجل إلى الساق ويكره أن يغمز الفخذ ويمسه من وراء الثوب، وكان الإمام أبو بكر يقول: لا بأس بأن يغمز الرجل رجل والديه ولا يغمز فخذ والديه. وفي السراجية: ولا بأس أن يغمز الأجنبية الرجل فوق الثياب إذا لم يكن فيه خوف الفتنة. وفي التتمة: وسئل الخجندي عمن له أم هل يجوز له أن يغمز بطنها وظهرها من وراء الثياب؟ قال: إن أمسكه يعتقد حرمته كالخمر يمسكه المسلم للمسلم لا يكره، وإن أمسك يعتقد الإباحة كما لو أمسك للكافر يكره. سئل أنس بن أنس عن قوم أرادوا الخروج على سلطانهم لجوره هل يحل لهم ذلك؟ فأجاب وقال: إن كانوا اثني عشر ألفاً وكلمتهم واحدة يسعهم ذلك، وإن كانوا أقل من ذلك لا يسعهم ذلك. وسئل الفقيه أبو بكر عن قراءة القرآن أهو أفضل للفقيه أم دراسة الفقه؟ قال: حكي عن الفقيه أبي مطيع أنه قال: النظر في كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة. وفي النوازل عن أبي عاصم أنه قال: طلب الأحاديث حرفة المفاليس يعني به إذا طلب الحديث ولم يطلب فقهاً. وفي النسفية: اجتمع قوم يوماً من الأتراك والأمراء وغيرهم في مواضع الفساد فنهاهم شيخ الإسلام عن المنكر فلم ينزجروا فاستدعى المحتسب وقوماً من باب السيد الإمام الأجل ليعرفوهم وليريقوا خمورهم فذهبوا مع جماعة من الفقهاء فظفروا ببعض الخمور فأراقوها وجعلوا الملح في بعض الدنان للتخلل فأخبر الشيخ بذلك فقال: لا تدعوا واكسروا الدنان كلها وأريقوا ما بقي. وإن جعلوا الملح فيها قال: وقد ذكر في عيون المسائل من أراق خمور المسلمين وكسر دنانهم وشق زقاقهم إذا ظهر فيما بين المسلمين بطريق الأمر بالمعروف فلا ضمان عليه. وسئل عن قوم من اليهود اشتروا داراً وبستاناً من دور المسلمين في مصر واتخذوها مقبرة هل يمنعون من ذلك؟ فقال: لا لأنهم ملكوها فيفعلون ما شاءوا كالمسلمين. وقد صحت الرواية في المبسوط أن صاحب الدرا لو رفع بناء فمنع جاءه الشمس أو الريح أو نقب جداره أو فتح أبواباً لم يمنع من ذلك وإن لحق جاره نوع ضرر لأنه لم يتصرف إلا في ملك نفسه. وسئل عن دارين لرجلين سطح أحدهما أعلى من الآخر ومسيل ماء العليا على الأخرى فأراد صاحب سطح السفلى أن يرفع سطحه أو يبني على سطحه علواً هل يحل له ذلك؟ قال: نعم، وفي التتمة سألت أبا حامد عن رجل له ضيعة أرضها مرتفعة هل يجوز له أن يسد النهر يوماً أو بعض يوم بغير رضا الأسافل حتى يسقيها؟ قال: نعم. وسئل عن الرجل يبني على حائط نفسه بناء أزيد مما كان هل لجاره أن يمنعه؟ قال: لا وإن بلغ عنان السماء. وسئل أبو الفضل عمن يأخذ خراج القرية عن حفر النهر العظيم فيحفرونه بأمسحتهم من غير أن يصرف شيئاً من الخراج إلى الحفر وهناك من الأقوياء من لا يحفر ولا يبعث أحداً هل له أن يسقي منها أم لا؟ قال: يمنع من الماء. الاستبراء لغة طلب البراءة مطلقاً، سواء كان في الفروج أو في غيرها. وفي الشرع: طلب براءة رحم

من ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها .له أمتان

المرأة المملوكة. وصفته أنه واجب، وسبب وجوبه ملك الأمة، ودليله قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «إلا لا توطؤوا الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة»، وهو يفيد وجوب الاستبراء. وأما حكمه فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة اهـ.

قال رحمه الله: **(من ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها)** لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «إلا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة» [1] وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب إحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في هذه الصورة، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن اختلاط الأنساب والاشتباه والولد عن الهلاك لأن من لا نسب له هالك لعدم من يربيه ومن ينفق عليه. قال صاحب الإيضاح والإصلاح: يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم إمكان الاختلاط بينهما فكيف يقول حكمه الاستبراء؟ وأجيب بأن المنفي الاختلاط حقيقة والذي بنوا عليه هنا الاختلاط حكماً وهو أن يبين الولد من أي ماء هو. قال تاج الشريعة: وإنما قيدنا بالماء المحترم وإن كان الحكم في غير الماء المحترم كذلك كالحامل من الزنا حملاً لحال المسلم على الصلاح. وتعبير المؤلف بملك أولى من تعبير صاحب الهداية بالشراء لعموم الملك والشراء من أسباب الملك كما سيأتي. وأقول في إطلاق قوله «ملك» نظر لأن من ملك جارية وهو زوجها لا يجب عليه الاستبراء أو كانت تحت غيره بنكاح ولكن طلقها زوجها بعد أن استبرأها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور فكان المناسب أن يخرج هذه الصورة، ولما كان السبب إحداث ملك الرقبة المؤكد باليد نفذ الحكم إلى سائر أسباب الملك من الشراء والهبة والصدقة والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوكة ومن لا يحل له وطؤها، وكذا إن كانت المشتراة بكراً لم توطأ لتحقق السبب المذكور وإدارة الحكم على الأسباب دون الحكم لعدم الإطلاع عليها لحقائقها. ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها في أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء قبل القبض ولا بالولادة التي ولدتها بعد الأسباب قبل القبض خلافاً لأبي يوسف، وكذا لا يعتد بالحيضة التي حاضتها قبل الإجازة في بيع الفضولي وإن كانت في يد المشتري، ولا يعتد بالحيضة التي بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحاً، وتجب إذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لأن السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف إلى تمام العلة. ويعتد بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها

---

(١) رواه الترمذي في كتاب الصيد باب ٩. أبو داود في كتاب النكاح باب ٤٤. النسائي في كتاب البيوع باب ٧٩. أحمد في مسنده (١/ ٢٥٦).

....

بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهذا استحداث الملك واليد، ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد. وفي الأكمل هنا: إذا أبقت في دار الإسلام ثم رجعت، فإن أبقت في دار الحرب ثم عادت إلى مولاها بوجه من الوجوه فكذا عند الإمام، وعندهما يجب الاستبراء لأنهم يملكونها. ولو أقال البائع المشتري قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء، وكان أبو حنيفة يقول أولاً بالوجوب ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لأن الإقالة فسخ في الأصل فصار كأنه لم يكن. ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد، فإن لم يكن على العبد دين اعتد بتلك الحيضة لأنها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء، وإن كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما، وعند الإمام لا يعتد بتلك الحيضة بناء على أن المولى لا يملكه وقد تقدم. ولو باع جارية على أنه بالخيار وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء إن كان المشتري لم يطأ، وإن كان قد وطئ فعليه الاستبراء. ولو زوجها بعد الشراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية، ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض فالمختار أنه يجب. وإذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضاً لأنها تفضي إلى الوطء أو يحتمل وقوعه في غير الملك. قال في العناية: واستشكل حيث تعدى الحكم من الأصل وهي المسة إلى الفرع وهو غيرها حتى حرمت الدواعي في المسة دونها، وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المفيد لذلك وهو الرغبة في المشتراة دون غيرها والاستبراء في الحامل بوضع الحمل كما تقدم في الحديث، وفي الاستبراء في ذوات الأشهر بالشهر لأنه قائم في حقهن مقام الحيض، فإن حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر وتستبرئ بالحيضة لأنها صارت قادرة على الأصل، فإذا ارتفع حيضها يتركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل واقعها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية، وقيل يتبين بشهرين أو بثلاث، وعن محمد بأربعة أشهر وعشرة أيام. قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس الآن. وفي الأكمل: والأصح أنه يتركها شهرين أو ثلاثة. وعن محمد يتركها شهرين وخمسة أيام، ولا بأس بالاحتيال في إسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وقد بينا ذلك في كتاب الشفعة. والمأخوذ به قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك، ويؤخذ بقول محمد فيما إذا قربها. والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها؛ هكذا ذكره في الهداية. قال الشارح: وهذا لا يفيد إذا كان القبض بعد الشراء لأنه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء، وإنما يفيد لو كان القبض قبل الشراء لكيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح. وقال ظهير الدين: وعندي يشترط أن يدخل بها قبل الشراء لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقاً على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين

أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو

فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها بعد الشراء لأنها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح فلا يلزمه الاستبراء؛ ذكره قاضيخان في فتاواه. ولو كان تحته حرة فالحيلة أن يتزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لأنه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً له فلا يجب عليه الاستبراء وإن دخل بعد ذلك لأن العبرة لأوان السبب. قال في الأكمل في هذه الصورة: هذا إذا طلقها الزوج بعد القبض لأنه لو طلقها قبل القبض كان على المشتري الاستبراء إذا قبضها في أظهر الروايتين اهـ.

قال رحمه الله: **(له أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو نكاح أو عتق)** قال الشارح: ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج أحدهما كان أحسن لأنهما يحرمان عليه أحدهما فحسب اهـ. ولا يخفى أن أحد الدائر بين الشيئين أو أشياء يفيد حرمتهما لا حرمة أحدهما فحسب كما توهم الشارح. قال في العناية: وهذه على ثلاثة أوجه: إما أن يقبلهما أو لا يقبلهما أو يقبل أحدهما، فإن لم يقبلهما أصلاً كان له أن يقبل أو يطأ أيهما شاء، سواء اشتراهما معاً أو متعاقباً، وإن قبل أحدهما كان له أن يقبل المقبلة وأن يطأها دون الأخرى، وإن قبلهما بشهوة فهي مسألة المتن. قيد بقوله «بشهوة» لأنها إذا لم تكن بشهوة لا تكون معتبرة أصلاً وإنما حرمتا لأن الجمع بينهما نكاحاً ووطأً لا يجوز لإطلاق قوله تعالى ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء: ٢٣] والمراد به الجمع بينهما على ما ذكرنا ولا يعارضه قوله تعالى ﴿أو ما ملكت إيمانكم﴾ [النساء: ٣] لأن الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي قال: احلتهما آية وحرمتهما آية والمحرم مقدم. وكذا يحرم الجمع بينهما في الدواعي لأن الدواعي للوطء بمنزلة الوطء لأن النص مطلق فيتناولهما. ومسهما بشهوة أو النظر إلى فرجها كتقبيلها حتى يحرما عليه إلا إذا حرم فرج أحدهما لما ذكرنا لزوال الجمع لتحريم فرج أحدهما عليه. وتمليك البعض كتمليك الكل، وإعتاق البعض كإعتاق الكل. أما عندهما فظاهر لأنه لا يتجزئ، وكذا عند الإمام وإن كان يتجزئ لكنه يحرم الوطء، وكتابة أحدهما كإعتاقهما لأن فرجها يحرم بالكتابة ورهن أحدهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى لأن فرجها لا تحرم بهذه الأشياء. قال تاج الشريعة فإن قلت: الأصل في الدلائل الجمع فأمكن هنا بأن يحمل قوله «وإن تجمعوا» على النكاح «أو ما ملكت أيمانكم» على ملك اليمين قلت: المعنى الذي يحرم الجميع بين الأختين نكاحاً وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم وقوله «بملك» أراد به التمليك بأن يملك رقبتها من إنسان بأي سبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة والصلح والخلع والمهر. وأراد بقوله «أو نكاح» النكاح الصحيح فإذا زوج أحدهما نكاحاً فاسداً لا

نكاح أو عتق وكره تقبيل الرجل ومعانقته في إزار واحد.

تحل له الأخرى لأن فرجها لم يصر حراماً عليه بهذا العقد إلا إذا دخل بها الزوج فلم يصر جامعاً بوطء الأخرى ولا بوطء المطوءة، وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً بمنزلة الأجنبي. قال رحمه الله: **(وكره تقبيل الرجل ومعانقته في إزار واحد)** ولو كان على قميص جاز كالمصافحة. وفي الجامع الصغير: يكره تقبيل الرجل فم الرجل أو يده أو يعانقه. وذكر الطحاوي أن هذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قبل جعفر حين قدم من الحبشة، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أول من عانق إبراهيم خليل الرحمن كان بمكة فقدم ذو القرنين إليها فقيل له بهذه البلدة خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى إلى إبراهيم الخليل فسلم عليه إبراهيم واعتنقه فكان أول من عانق. ولهما ما روي عن أنس قال قلنا يا رسول الله: أينحني بعضنا لبعض؟ قال: لا. قلنا: أيعانق بعضنا بعضاً؟ قال: لا. قلنا: أيصافح بعضنا بعضاً؟ قال: نعم. وروي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي التقبيل. وما روي بخلافه منسوخ به وقال: الخلاف فيما إذا لم يكن عليهما غير الإزار، وإن كان عليهما قميص أوجبة فلا بأس به بالإجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر. والشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي وفق بين الأحاديث فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وما كان على وجه المبرة والكرامة فجائز. ورخص السرخسي وبعض المتأخرين في تقبيل يد العالم المتورع والزاهد على وجه التبرك وقد تقدم، وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه إذا القي غيره فمكروه، وما يفعله من السجود بين يدي السلطان فحرام والفاعل والراضي به آثمان لأنه أشبه بعبدة الأوثان وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود لأنه يريد به التحية. وقال شمس الأئمة السرخسي: السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر. وذكر الفقيه أبو الليث التقبيل على خمسة أوجه: قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده، وقبلة التحية كتقبيل المؤمنين بعضهم لبعض، وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه، وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه على الجبهة، وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته وأمته. وزاد بعضهم قبلة الديانة كقبلة الحجر الأسود. وأما القيام للغير فقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام خرج متكأ على عصا فقمنا له فقال عليه الصلاة والسلام: لا تقوموا كما تقوم الأعاجم يعظم بعضهم بعضاً. وعن الشيخ أبي قاسم كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ولا يقوم للفقراء وطلبه العلم فقيل له في ذلك فقال: إن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم يتضررون، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وإنما يطمعون في رد السلام والكلام في العلم. ولا بأس بالمصافحة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال «من صافح أخاه المسلم وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه» وفي حديث آخر «ما من مسلمين

فصل في البيع

كره بيع العذرة لا السرقين وله شراء أمة زيد قال بكر وكلني زيد ببيعها وكره لرب

التقيا فتصافحا إلا غفر لهما قبل أن يتفرقا»[١] ولا بأس بمصافحة العجوز التي لا تشتهى ولا يمس الرجل المرأة وهما شابان سواء كانت الصغيرة وماسة أو البالغ ماس اهـ. والله تعالى أعلم.

فصل في البيع

قدم فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان وما كان أكثر اتصال كان أحق بالتقديم. قال رحمه الله: **(كره بيع العذرة لا السرقين)** لأن المسلمين يتمولون السرقين وانتفعوا به في سائر البلاد والأمصار من غير نكير فإنهم يلقونه في الأراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة لأن العادة لم تجر بالانتفاع بها إلا مخلوطة برماد أو تراب غالب عليها فحينئذ يجوز بيعها. والصحيح عن الإمام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز بغلبة يجوز بيع الخالصة. وفي المحيط: رجل يبيع ويشتري على الطريق فأراد إنسان أن يشتري منه شيئاً، فإن لم يكن في قعوده ضرر بالناس وسعه أن يقعد في الطريق ويشتري منه، وإن كان فيه ضرر يكره له أن يشتري منه وهو المختار لأنه يكون معيناً له على الإثم والعدوان. صبي جاء إلى سوق بخبز أو بلبس أو بعدس فلا بأس بأن يبيع منه البصل والثوم وغير ذلك لأنه مأذون فيه عادة، ويكره أن يبيع منه الجوز والفستق حتى نسأله هل أذن له بذلك أبوه أم لا لأنه غير مأذون في ذلك عادة. وفيه: وأما المغني والنائحة والقوال. إذا أخذ المال هل يباح له. إن كان من غير شرط يباح لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد. وإن كان من عقد لا يباح له لأنه أجر على المعصية ا هـ. وفي السراجية: يكره بيع الغلام الأمرد ممن عرف باللواطة. رجل اشترى عبداً مجوسياً فأبى أن يسلم وقال إن بعتني من مسلم قتلت نفسي جاز له أن يبيعه من المجوسي، ولا بأس بأن يبيع الزنا من النصارى والقلنسوة من اليهود. وفي جامع الجوامع عن الثاني: باع ثوراً من المجوسي لينحروه في عيدهم يقتلوه بالعصا لا بأس به. وفي التتمة سئل علي بن أحمد أهل بلده زادوا في موازينهم فيما يوزن بزيادة فوق الزيادة في سائر البلدان وبعضهم يوافق وبعضهم لا يوافق أتحل لهم تلك الزيادة؟ فقال: لا. قالوا: ولو أنفق الكل على ذلك؟ قال: لا. وفي السراجية: رجل اشترى لحماً أو سمكاً أو شيئاً من الثمار فذهب المشتري ليأتي بالثمن وأبطأ فخشي البائع أن

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الأدب باب ١٤٢. الترمذي في كتاب الاستئذان باب ٣١. ابن ماجه في كتاب الأدب باب ١٥. أحمد في مسنده (٤/ ٢٨٩، ٣٠٣).

. . . .

يفسد فإنه يبيعه من غيره ويحل شراء ذلك منه، وإذا مرض الرجل فاشترى له ابنه أو ولده جاز ا هـ. قال رحمه الله: **(وله شراء أمة زيد قال بكر وكلني زيد ببيعها)** يعني أن جارية لإنسان فرآها في يد آخر يبيعها فقال له وكلني مولاها بالبيع حل له أن يشتريها منه ويطأ لأنه أخبره بخير صحيح لا منازع له فيه، وقول الواحد في المعاملات مقبول كما تقدم، وكذا إذ قال اشتريتها منه أو وهبني أو تصدق علي فله الشراء. ولا فرق بين أن يعلم أنها له أو لم يعلم لأن خبره هو المعتمد عليه إذا كان ثقة، فإن كان المخبر غير ثقة فيما إذا ادعى الملك أو غيره، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه الشراء على ما تقدم، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتعرض لشيء من ذلك لأن أكبر رأيه يقوم مقام اليقين، وإن لم يخبره صاحب اليد من الوكالة وانتقال الملك إليه، فإن كان يعرف أنها لغيره لا يشتري حتى يعرف أن الملك انتقل إليه لأن يد الأول دليل الملك، فإن كان لا يعرف أنها لغيره وسعه أن يشتريها. وإن كان ذو اليد فاسقاً إلا أن مثله لا يملك مثلها كدرة في يد كناس فحينئذ يستحب له أن يتنزه عنها، ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده على الشرعي وهو اليد. وإن كان الذي أتاه بها عبداً فإنه لا يقبلها ولا يشتريها حتى يسأل لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره، فلو قال له أذنني مولاي في بيعها وهو ثقة قبل قوله. قال صاحب العناية: فإن قبل: قوله «وهو ثقة» يناقض قوله «يقبل على أي صفة». وأجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب لمروءته ولوجاهته. بقي أن يقال مما ذكر هنا أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولا بد في قبول قوله إذا كان غير عدل أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق، وقد مر في أول هذا الكتاب أن يقبل في المعاملات خبر الفاسق مطلقاً ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأي السامع أنه صادق، فما ذكر هنا مخالف لما تقدم لأن الذي اعتبر في الديانات دون المعاملات اعتبر هنا في المعاملات أيضاً. والجواب أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانات إذا حصل بعد التحري، وفي المعاملات ذكر فخر الإسلام خبر العدل يقبل فيها من غير تحرر وهو المذكور في الجامع الصغير، وفي موضع آخر يشترط فيها التجري وهو المذكور في كتاب الاستحسان، فيشترط التحري في المعاملات استحساناً ولا يشترط التجري فيها رخصة، فما ذكر في أوله لبيان الرخصة وهو عدم التحري، وما ذكر هنا بيان الاستحسان كما في التلويح. قال في الخانية: فلو لم يقل صاحب اليد وكلني ولكن قال قد كان ظلمني وغصبني الجارية فأخذتها منه لا ينبغي له أن يشتريها منه وإن كان عدلاً.

وفي الخزانة: وإن قال كان غصبها مني فلان فارتجعتها منه بلا رضا ولا قضاء لا يصدق وكذا إذا قال قضى القاضي لي بالجارية فأخذها منه ودفعها لي فلا بأس أن يشتريها منه

....

إن كان عدلاً، وإن قال قضى بها القاضي فجحدني قضاءه فأخذتها فلا ينبغي له أن يشتريها منه ولو كان عدلاً. وفي الخانية: قال اشتريت هذه الجارية من فلان ونقدته الثمن ثم جحد البائع البيع فأخذتها منه لا ينبغي له أن يقبل قوله. وفي فتاوى العتابية: ولو لم يذكر الجحود على الشراء منه ينبغي له أن يقبل قوله إذا كان عدلاً، وإن كان المخبر على الجحود فاسقاً يعتبر فيه أكبر رأيه كما تقدم. وفي الفتاوى الغياثية: ولو ورثه أو أبيح له فأخبره عدل بأنه غصبه وكذبه ذو اليد فهو متهم فيجوز له أن يشتريها. قال محمد: هذا إذا لم يجئ التشاجر والتجاحد من الذي كان يملك، فإن جاءت المشاجرة والإنكار من المالك لا يقبل خبر المخبر، سواء كان فاسقاً أو عدلاً. ولو شهد شاهدان عدلان عند البيع أن مولاها قد أمر البائع ببيعها فاشتراها بقولهما ونقد الثمن وقبضها وحضر مولاها فأنكر الوكالة كان المشتري في سعة من إمساكها. وفي الخانية: وكان له أن يتصدق بها حتى يخاصمه المولى إلى القاضي بخلاف ما لو كان المخبر واحداً قال: إلا أن يكون خاصم عند القاضي وقضى القاضي بالملك فإن استحلف المالك على الوكالة فإنه لا يسعه امساكها ما لم يجدد الشاهدان الشهادة على الوكالة بين يدي القاضي حتى يقضي القاضي بالوكالة. وفي الخزانة: خمسة أشياء لا يقبل قول الواحد فيها: إذا اشترى شيئاً فأخبره رجل أنه لغير البائع وباعه بغير أمره لا يصدقه وجاز تصرفه فيه، وإذا تزوج فأخبره رجل أنها أخته من الرضاع ويتنزه عنها، وإذا اشترى طعاماً شراء فأخبره ثقة أنه حرام أو غصبه البائع لا يصدق في الغصب ويصدق في الحرام. رأي رجلاً قتل ولداً له بالسيف وجحد قتله لا يصدق ووسع من عاين ذلك أن يعينه على قتله. قال محمد: ولو أن رجلاً تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فأخبره مخبر أنها قد ارتدت عن الإسلام والعياذ بالله تعالى، فإن كان المخبر بذلك عدلاً. وفي الفتاوى الغياثية وهو حر أو مملوك أو محدود في قذف. وسعه أن يصدقه وأن يتزوج بأختها أو أربع سواها، وإن كان فاسقاً تحرى في ذلك. وفي الخانية: وإن لم يكن المخبر ثقة وفي البزازية: فإن كان أكبر رأيه صادق فكذلك، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يتزوج أكثر من ثلاث؛ هكذا ذكر المسألة في كتاب الاستحسان وتلك المسألة في السير الكبير أنه لا يسعه أن يتزوج بأختها وأربع سواها ما لم يشهد عنده رجلان أو رجل وامرأتان. وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الاستحسان اختلاف الروايتين في رواية ولم يذكر ردة المرأة، وذكر شمس الأئمة السرخسي اختلاف الروايتين، ردة الرجل لا يثبت عند المرأة إلا بشهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين على رواية السير الكبير. ردة المرأة تثبت عند الزوج بخبر الواحد باتفاق الروايات. قال شمس الأئمة الحلواني: والصحيح أن في المسألة روايتين على رواية السير لا يثبت ردة المرأة عند الزوج ولا ردة الزوج عند المرأة إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين. وفي الذخيرة: ثم فرق على رواية كتاب الاستحسان بينما إذا أخبر عن ردتهما

. . . .

قبل النكاح فقال: إذا قال للزوج تزوجتها وهي مرتدة لا يسعه أن يأخذ بقوله وإن كان عدلاً، وإذا أخبر عن ردتها بعد النكاح وسعه أن يصدقه فيما قال ويتزوج بأختها وأربع سواها، وكذلك لو أن رجلاً تزوج جارية رضيعة ثم غاب عنها فأتاه رجل وأخبره أنها أمه أو بنته أو أخته أو رضيعة امرأته الصغيرة، فإن كان المخبر عدلاً وسعه أن يصدقه ويتزوج بأختها وأربع سواها، وإن كان فاسقاً يتحرى في ذلك. قال في الهداية: لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لا يدل على إقدامه فلم يثبت المنازع. اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول. وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب ودليل ملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال. وأجيب بأنه إذا تضمن إبطال الملك الثابت قال شيخ الإسلام: رواية السير تحتاج إلى الفرق بين الرضاع وبين الردة وإن لم يقل هكذا ولكنه قال كنت تزوجتها يوم تزوجتها وهي أختك من الرضاعة فإنه لا يسعه أن يتزوج أختها ولا أربعاً سواها، إن كان المخبر عدلاً، وإذا غاب الرجل عن امرأته فأتاها مسلم عدل وأخبرها أن زوجها طلقها ثلاثاً أو مات عنها فلها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان المخبر فاسقاً يتحرى. وفي الفتاوى الغياثية: وكذلك إذا جاءها كتاب بطلاق أو موت وغلب في ظنها ذلك.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا شهد شاهدان عند المرأة بالطلاق فإن كان الزوج غائباً وسعها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان حاضراً ليس لها أن تمكن نفسها من زوجها، وكذلك إن سمعته طلقها وجحد الزوج ذلك وحلف فردها القاضي عليه لم يسعها المقام معه، وينبغي لها أن تفتدي بمالها وتهرب منه، وإن لم تقدر على ذلك قتلته، وإذا هربت منه لم يسعها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر. قال شمس الأئمة السرخسي: ليس لها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر جواب القاضي أما فيما بينها وبين الله تعالى فلها أن تتزوج بعد ما اعتدت ا هـ. ثم إذا أخبرها عدل مسلم أنه مات زوجها كذا إنما تعتمد خبره إذا قال عاينته ميتاً وقال شهدت جنازته، أما إذا قال أخبرني مخبر لا يعتمد على خبره. وإن أخبر واحد بموته ورجلان آخران أخبر بحياته؛ فإن كان الذي أخبرها بموته قال عاينته ميتاً وشاهدت جنازته يحل لها أن تتزوج، وإن كان اللذان أخبرا بحياته ذكرا أنهما رأياه حياً فقولهما أولى. وفي السراجية: إن كان عدلاً. وفيه: لو شهد اثنان بموته وقتله وشهد آخران أنه حي فشهادة الموت أولى، ولو أن امرأة قالت لرجل إن زوجي طلقني ثلاثاً وانقضت عدتي، فإن كانت عدلة وسعه أن يتزوجها، وإن كانت فاسقة تحرى وعمل بما وقعت تحريته عليه. ولو أخبرها أن أصل نكاحها فاسد وأن زوجها أخوها من الرضاعة أو كان مرتداً فإنه لا يسعها أن تقبل وتتزوج بزوج آخر، وإن كان المخبر عدلاً قال محمد: إنما هو بمنزلة رجل في يده جارية يدعي أنها

الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر واحتكار قوت الآدميين والبهائم في بلد لم

رقيقته وهي تقر بالملك فوجدها في يد رجل وقد علم بحالها فأراد شراءها فسأله عنها فقال الجارية جاريتي وقد كان الذي يدعي الجارية كانت في يده كاذباً فيما ادعى من ملكها لا ينبغي لهذا الرجل أن يشتريها منه وإن كان عدلاً. ولو قال كنت اشتريتها منه وسعه أن يشتريها منه، وكذلك جارية في يد رجل يدعي أنها جاريته وهي صغير لا تعبر عن نفسها بجحود ولا إقرار فكبرت فلقاها رجل وقد علم بذلك في بلد آخر فأراد أن يتزوجها فقالت له أنا حرة الأصل ولم أكن أمة للذي كنت في يده فلهذا لا يسعه أن يتزوجها، ولو قالت كنت أمة للذي كنت في يده فأعتقني وسعه أن يتزوجها إن كانت خالية. وفي الخانية: إن كانت ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة لا بأس أن يتزوجها، ولو أن حرة تزوجت رجلاً ثم أتت غيره وقالت إن نكاحي الأول كان فاسداً أو الزوج على غير الإسلام لا ينبغي لهذا الرجل أن يصدقها ولا أن يتزوجها، ولو قالت إن زوجي طلقني بعد ذلك أو قالت ارتد عن الإسلام فبنت منه وسعه أن يصدقها وأن يتزوجها إذا كانت عدلة ا هـ. قال رحمه الله: **(وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر)** يعني إذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمراً وأخذ ثمنها وقضى الدين لا يحل للمدين أن يأخذ ذلك بدينه، وإن كان البائع كافراً جاز له أن يأخذ. والفرق أن البيع في الوجه الأول باطل فلم يملك البائع الثمن وهو باقٍ على ملك المشتري فلا يحل له أن يأخذ مال الغير بغير رضاه، والبيع في الوجه الثاني صحيح فملك البائع الثمن لأن الخمر مال متقوم في حق الكافر فجاز له الأخذ بخلاف المسلم. وفي النهاية عن محمد: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالرضا، فإن كان بقضاء القاضي فقضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن خمر يطيب له ذلك بقضائه. واستشكل الإمام الزيلعي حيث قال: إنه مال الغير فكيف يطيب له بقضاء القاضي ومحمد لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطناً وإنما ينفذ عنده ظاهراً. ولو مات مسلم وترك ثمن خمر باعها لا يحل لورثته أن يأخذوا ذلك لأنه كالمغصوب. قال في النهاية قال بعض مشايخنا: كسب المغنية كالمغصوب لم يحل لأحد أخذه. قالوا: وعلى هذا لو مات رجل وكسبه من ثمن الباذق والظلم أو أخذ الرشوة تعود الورثة ولا يأخذون منه شيئاً وهو الأولى لهم ويردونه على أربابه إن عرفوهم وإلا يتصدقوا به لأن سبيل الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر الرد. وظاهر هذا أن المعتبر اعتقاد البائع سواء باعه من مسلم أو كافر، فإن كان البائع مسلماً لا يملك ذلك الثمن. اشتراه منه مسلم أو كافر. وإن كان كافراً ملك الثمن سواء اشتراه منه مسلم أو كافر ا هـ. فإن قيل: هذا ظاهر إذا باع الخمر المسلم للمسلم أو الكافر للكافر، وأما إذا باع المسلم للكافر أو الكافر للمسلم فلم لم يقبل اعتقاد الكافر فنقول بالجواز أو باعتقاد المسلم فنقول بعدم الجواز؟ قلنا: الأصح ترجيح المحرم.

يضر بأهلها لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر ولا يسعر السلطان إلا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعدياً فاحشاً وجاز بيع العصير من خمار وإجارة بيت ليتخذ

قال رحمه الله: **(واحتكار قوت الآدميين والبهائم في بلد لم يضر بأهلها)** يعني يكره الاحتكار في بلد يضر بأهلها لقوله عليه الصلاة والسلام «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»(١) ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره. هذا إذا كانت البلدة صغيرة يضر ذلك بأهلها، أما إذا كانت كبيرة فلا يكره لأنه حابس ملكه. وتخصيص الاحتكار بالأقوات قول الإمام والثالث. وقال أبو يوسف: كل ما يضر العامة فهو احتكار بالأقوات كان أو ثياباً أو دارهم أو دنانير اعتباراً لحقيقة الضرر لأنه هو المؤثر في الكراهة، وهما اعتبر الحبس المتعارف وهو الحاصل في الأقوات في المدة فإذا قصرت لا يكون احتكاراً لعدم الضرر إذا طالت يكون مكروهاً. ثم قيل: هو مقدر بأربعين ليلة لقوله عليه الصلاة والسلام «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فهو بريء من الله والله بريء منه»(٢) وقيل بالشهر لأن ما دونه قليل عاجل وهو ما فوقه كثير آجل، ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العسرة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله. وقيل المدة المذكورة للمعاقبة في الدنيا وأما الأثم فيحصل وإن قلت المدة. فحاصله أن التجارة في الطعام غير محمودة. وفي المحيط: الاحتكار على وجوه: أحدها حرام وهو أن يشتري في المصر طعاماً ويمتنع عن بيعه عند الحاجة إليه، ولو اشترى طعاماً في غير المصر ونقله إلى المصر وحبسه قال الإمام: لا بأس به لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع من المصر أو جلب من فنائه. وقال الثاني: يكره وقال محمد: كل بقعة يمتد منها إلى المصر في العادة فهي بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار منه وهذا في غاية الاحتياط ا هـ. قال رحمه الله: **(لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر)** يعني لا يكره احتكار غلة أرضه وما جلبه من بلد آخر لأنه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكاراً ألا ترى أن له أن لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع. وهذا في المجلوب قول الإمام خاصة فإن حق العامة لا يتعلق بما جلب فصار كغلة ضيعته والجامع تعلق حق العامة به، وقدمنا قول محمد وقول أبي يوسف عن المحيط ا هـ. قال رحمه الله: **(ولا يسعر السلطان إلا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعدياً فاحشاً)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق»(٣) ولأن الثمن حق البائع وكان إليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا كان أرباب الطعام يحتكرون على المسلمين ويتعدون

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٦. الدارمي في كتاب البيوع باب ١٢.

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٦. أحمد في مسنده (١/ ٢١) (٢/ ٢٣).

(٣) رواه الترمذي في كتاب البيوع باب ٧٣. أبو داود في كتاب البيوع باب ٤٩. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٢٧. أحمد في مسنده (٢/ ٢٣٧، ٣٧٢) (٣/ ٨٥).

في القيمة تعدياً فاحشاً وعجز السلطان عن منعه إلا بالتسعير بمشاورة أهل الرأي والنظر، فإذا فعل ذلك على رجل فتعدى وباع بثمن فوقه أجازه القاضي، وهذا لا يشكل على قول الأمام لأنه لا يرى الحجر على الحر، وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم. وينبغي للقاضي وللسلطان أن لا يعجل بعقوبة من باع فوق ما سعر بل يعظه ويزجره وإن رفع إليه ثانياً فعل به كذلك وهدده، وإن رفع إليه ثالثاً حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويمتنع الضرر عن الناس. وفي العتابي: ولو باع شيئاً بثمن زائد على ما قدره الإمام فليس على الإمام أن ينقضه. والغبن الفاحش هو أن يبيعه بضعف قيمته، وإذا امتنع أرباب الطعام عن بيعه لا يبيعه القاضي أو السلطان عند الإمام، وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه. امتنع المحتكر من بيع الطعام للإمام أن يبيعه عليه عندهم جميعاً على مسألة الحجر، وقيل يبيع بالإجماع لأنه اجتمع ضرر عام وضرر خاص فيقدم دفع الضرر العام كما بينا في كتاب الحجر، قال في المحيط قال بعض مشايخنا: إذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام يبيعه الإمام عليه عندهم جميعاً ا هـ. ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع؛ كذا في الهداية وفي المحيط: إن كان البائع يخاف إذا زاد في الثمن على ما قدره أو نقص في البيع يضربه الإمام أو من يقوم مقامه لا يحل للمشتري ذلك لأنه في معنى المكره، والحيلة في ذلك أن يقول تبيعني بما تحب. ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك عندهم فاشترى منهم رجل خبزاً بدرهم أو لحماً بدرهم وأعطاه البائع ناقصاً والمشتري لا يعرف ذلك كان له أن يرجع بالنقصان إذا عرفه لأن المعروف كالمشروط، وإن كان من غير أهل تلك البلد كان له أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لأن سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر إلا نادراً فيكون شارطاً في الخبز مقداراً معيناً دون اللحم. ولو خاف الإمام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه، فإذا وجدوه ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وإنما ومن باب دفع الضرر عنهم كما في حال المخمصة؛ ذكره في شرح المختار. قال رحمه الله: **(وجاز بيع العصير من خمار)** لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه فيكون إعانة لهم وتسبباً وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية، ولأن العصير يصلح للأشياء كلها جائزة شرعاً فيكون الفساد إلى اختياره. وبيع المكعب المفضض للرجال إذا علم أنه يشتريه ليلبسه يكره لأنه إعانة له على لبس الحرام، ولو أن اسكافياً أمره إنسان أن يتخذ له خفاً على زي المجوس أو الفسقة أو خياطاً أمره إنسان أن يخيط له قميصاً على زي الفساق يكره له أن يفعل ذلك؛ كذا في المحيط.

قال رحمه الله: **(وإجارة بيت ليتخذ بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمراً بالسواد)**

يعني جاز إجارة البيت لكافر ليتخذ معبداً أو بيت نار للمجوس أو يباع فيه خمراً في السواد وهذا قول الإمام. وقالا: يكره كل ذلك لقوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان﴾ [المائدة: ٢] وله أن الإجارة على منفعة البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك إلى المؤجر وصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها أو يأتيها في دبرها أو بيع الغلام ممن يلوط به، والدليل عليه أنه لو أجره للسكنى جاز ولا بد فيه من عبادته. وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من ذلك في الأمصار ولا يمكنون من إظهار بيع الخمر والخنزير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فلا يعارض بظهور شعائر الكفر؛ قالوا في هذا سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل ذمة، وأما في غيرها فيها شعائر الإسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الأصح. وفي التتارخانية: مسلم له امرأة من أهل الذمة ليس له أن يمنعها من شرب الخمر وله أن يمنعها من إدخال الخمر بيته ولا يجبرها على الغسل من الجناية. وفي كتاب الخراج لأبي يوسف: المسلم يأمر جاريته الكتابية بالغسل من الجنابة ويجبرها على ذلك قالوا: يجب أن تكون المرأة الكتابية على هذا القياس أيضاً. قال القدوري في النصرانية تحت المسلم: لا تنصب في بيته صليباً وتصلي في بيته حيث شاءت، ومن سأل من أهل الذمة المسلم طريق البيعة لا ينبغي له أن يدله عليها اهـ. قال رحمه الله تعالى: **(وحمل خمر الذمي بأجر)** يعني جاز ذلك وهذا عند الإمام. وقالا: يكره لأنه عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها. وله أن الإجارة على الحمل وهو ليس بمعصية وإنما المعصية بفعل فاعل مختار فصار كمن استأجره لعصره خمر العنب وقطفه. والحديث يحمل على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف إذا أجر دابة ليحمل عليها الخمر أو نفسه ليرعى له الخنازير فإنه يطيب له الأجرة عنده، وعندهما يكره. وفي التتارخانية: ولو أجر المسلم نفسه لذمي ليعمل في الكنيسة فلا بأس به. وفي الذخيرة: إذا دخل يهودي الحمام هل يباح للخادم المسلم أن يخدمه قال: إن خدمه طمعاً في فلوسه فلا بأس به، وإن خدمه تعظيماً له ينظر؛ إن فعل ذلك ليميل قلبه إلى الإسلام فلا بأس به، وإن فعله تعظيماً له كره ذلك، وعلى هذا إذا دخل ذمي على مسلم فقام له طمعاً في إسلامه فلا بأس به، وإن قام له تعظيماً له كره له ذلك. قال رحمه الله: **(وبيع بناء بيوت مكة أو أراضيها)** يعني يجوز ذلك، أما البناء فظاهر لأنه ملك لبنائه ألا ترى أنه لو بنى في المستأجر أو الوقف جاز البناء وكان له ملكاً له، وأما بيع أراضيها فالمذكور هنا قول أبي يوسف ومحمد وهو إحدى الروايتين عن الإمام لأن أراضيها مملوكة لأهلها لظهور التصرف والاختصاص ولقوله عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من رباع الحديث. فيه دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك إلى ملك وقد تعارف الناس ذلك من أول

....

الإسلام إلى الآن من غير نكير وهو من أقوى الحجج. وقال الإمام: لا يجوز بيع أراضيها لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله حرم مكة وحرم بيع أراضيها وإجارتها» ولأنه وقف الخليل عليه الصلاة والسلام ولأن الأراضي بمكة كانت تدعي في زمن النبي ﷺ والخليفتين من بعده بالسوائب من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها تركها. قال الشارح: ومن وضع عند بقال درهماً يأخذ منه ما شاء كره له ذلك لأنه إذا ملكه الدرهم فقد أقرضه إياه وقد شرط أن يأخذ منه من القبول وغيرها ما شاء وله في ذلك نفع بقاء الدرهم وكفايته للحاجات، ولو كان في يده لخرج من ساعته ولم يبق فصار في معنى قرض جر نفعاً وهو منهي عنه، وينبغي أن يودعه عنده ثم يأخذ منه شيئاً فشيئاً، وإن ضاع فلا شيء عليه لأن الوديعة أمانة ا هـ. قال رحمه الله: **(وتعشير المصحف ونقطه)** يعني يجوز لأن القراءة والآية توقيفية ليس للرأي فيها مدخل، فالتعشير حفظ الآيات، والنقط الإعراب فكانا حسنين، ولأن العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة إلا بالنقط فكان حسناً، وما روي عن ابن مسعود من قوله «جرد والقرآن» فذلك في زمانهم لأنهم كانوا ينقلونه عن النبي ﷺ كما أنزل. وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور وعد الآي وإن كان محزباً فهو حسن، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان. وفي العتابية: ويكره التعاشير وهو كتابة لعلامة عشر منتهى عشر آيات ا هـ. قال رحمه الله: **(وتحليته)** يعني ويجوز تحلية المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد وزينته وقد تقدم في بابه.

قال رحمه الله: **(ودخول ذمي مسجداً)** يعني جاز إدخال الذمي جميع المساجد عندنا. وقال مالك: يكره في كل المساجد. وقال الشافعي: يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام﴾ [التوبة: ٢٨] ولأن الكافر لا يخلو عن النجاسة والجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة في المسجد فقال الصحابة: المشركون نجس. فقال عليه الصلاة والسلام: ليس على الأرض من نجاستهم شيء وإنما نجاستهم على أنفسهم. والنجاسة المذكورة في الآية الخبث في اعتقادهم لأن كل خبيث رجس وهو النجس والمراد بالمنع في الآية منعهم عن الطواف، ولما أعلا الله كلمة الإسلام منعهم ﷺ من الدخول للطواف. والتعميم المذكور ههنا هو المذكور في الجامع الصغير وذكره الكرخي في مختصره وذكر محمد في السير الكبير أنهم يمنعون من دخول المسجد الحرام. فإن قلت: الدليل ليس بنص في المسألة لأن المذكور دخول الذمي والدليل يفيد جواز دخول الذمي بالأولى فأفاد المطلوب وزيادة بالنص، وظهر أن يقول المؤلف «ذمي» مثال وليس بقيد ولهذا عبر محمد في كتبه بلفظ الكافر ليفيد العموم. وفي الذخيرة: إذا قال الكافر من أهل الحرب أو من أهل الذمة علمني القرآن فلا بأس بأن يعلمه ويفقهه في الدين. قال القاضي علي السغدي: إلا أنه لا يمس

....

المصحف فإن اغتسل ثم مسه فلا بأس به. وعلم من هذه المسألة أن المسلم الطاهر من الجنابة إذا اعتاد المرور في المسجد لينظر ما فيه من العبادة أو قرآن أوذكر أو ليذكره بالصلاة لا يأثم ولا يفسق. وقولهم معتاد المرور يأثم ويفسق محمول على ما إذا اعتاد ذلك من غير استحلال الدخول أو جعله طريقاً من غير ضرورة والدليل على هذا التفصيل وصفه بالإثم والفسق اهـ. قال محمد رحمه الله تعالى: يكره الأكل والشرب في أواني المشركين قبل الغسل ومع هذا لو أكل أو شرب فيها جاز إذا لم يعلم بنجاسة الأواني، وإذا علم حرم ذلك عليه قبل الغسل، والصلاة في ثيابهم على هذا التفصيل. ولا بأس بطعام اليهود والنصارى من أهل الحرب، ولا فرق بين أن يكونوا بني إسرائيل أو من نصارى العرب، ولا بأس بطعام المجوس كلها إلا الذبيحة. وفي التتمة: يكره للمسلم دخول البيعة والكنيسة لأنها مجمع الشياطين اهـ. قال رحمه الله: **(وعيادته)** يعني تجوز عيادة الذمي المريض لما روي أن يهودياً مرض بجوار النبي ﷺ فقال: قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فقاموا ودخل النبي ﷺ وقعد عند رأسه وقال له: قل أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله فنظر المريض إلى أبيه فقال: أجبه. فنطق بالشهادة فقال ﷺ: الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار الحديث. ولأن العيادة نوع من البر وهي من محاسن الإسلام فلا بأس بها. ويرد السلام على الذمي ولا يزده على قوله «وعليك» لأنه عليه الصلاة والسلام لم يزده على ذلك. ولا يبدؤه بالسلام لأن فيه تعظيماً له فإن كان له إليه حاجة فلا بأس بيداءته. ولا يدعو له بالمغفرة ويدعو له بالهدى، ولو دعا له بطول العمر قيل يجوز لأن فيه نفعاً للمسلمين بالجزية، وقيل لا يجوز، وعلى هذا الدعاء بالعافية. وهذا إذا كان من أهل الكتاب، ولو كان مجوسياً لا يعوده لأنه أبعد عن الإسلام، وقيل يعوده لأن فيه إظهار محاسن الإسلام وترغيبه فيه. واختلفوا في عيادة الفاسق والأصح أنه لا بأس به لأنه مسلم والعيادة في حق المسلمين. وإذا مات الكافر قيل لوالده أو لقريبه في تعزيته أخلف الله عليك خيراً منه وأصلحك ورزقك ولداً مسلماً لأن الجزية تطهر. ويقول في تعزية المسلم أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك ورحم ميتك وأكثر عددك. وفي النوازل: ولا بأس بأن يصل الرجل المسلم المشرك قريباً كان أو بعيداً، محارباً كان أو ذمياً. وأراد بالمحارب المستأمن فأما إذا كان غير مستأمن فلا ينبغي له أن يصله بشيء. وفي الذخيرة: إذا كان حربياً في دار الحرب وكان الحال حال صلح فلا بأس بأن يصله. واختلفوا هل يكره لنا أن نقبل هدية المشرك أو لا نقبل؟ ذكر فيه قولان. وفي فتاوى أهل سمرقند: مسلم دعاه نصراني إلى داره ضيفاً حل له أن يذهب معه. وفي النوازل: المجوسي أو النصراني إذا دعا رجلاً إلى طعام تكره الإجابة وإن قال اشتريت اللحم من السوق فإن كان الداعي يهودياً فلا بأس.

قال رحمه الله: **(وخصي البهائم)** يعني يجوز لأنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين

. . . .

أملحين موجوأين والموجوء هو الخصي ولأن لحمه يطيب به ويترك النكاح فكان حسناً. ولك أن تقول الدليل لا يفيد جواز الفعل وإنما يفيد جواز التضحية به ولا يلزم من جواز التضحية جواز الفعل، والجواب أن البهائم كانت تكثر في زمنه ﷺ فتكوى بالنار لأجل المنفعة للمالك فكذا يجوز هذا الفعل لتعود المنفعة للمالك. وفي الصحاح: جمع خصي هو خصا بكسر الخاء والرجل خصي وخصية اهـ. قال العيني: والخصيان بضم الخاء جمع خصي. وفي المحيط: أن الأصل إيصال الألم إلى الحيوان لمصلحة تعود إلى الحيوان يجوز، ولا بأس بكي إليها ثم للعلامة، ويكره كسب الخصي من بني آدم. وقتل النملة قيل لا بأس به مطلقاً. وقيل إن بدأت بالأذى فلا بأس به، وإن لم تبتدئ يكره وهو المختار، ويكره إلقاؤها في الماء. وقتل القملة يجوز بكل حال. قرية فيها كلاب كثيرة ولأهل القرية منها ضرر يؤمر أرباب الكلاب بأن يقتلوا كلابهم لأن دفع الضرر واجب وإن أبوا ألزمهم القاضي. ولا ينبغي أن يتخذ في بيته كلباً إلا كلب الحراسة. الهرة إذا كانت مؤذية يذبحها بالسكين ويكره ضربها وفرك إذنها اهـ. وأطلق المؤلف في البهائم فشمل الخيل. وفي الخانية: ويكره خصي الفرس. وذكر شمس الأئمة في شرحه أن خصي الفرس حرام اهـ. وفي الخانية: لا بأس بثقب أذن الطفل اهـ. وفي النوازل: يقلم الظفر يوم الجمعة لقوله عليه الصلاة والسلام «من قلم أظافيره يوم الجمعة أعاذه الله من البلاء إلى الجمعة الأخرى وزيادة ثلاثة أيام» ولو قلم أظافيره أو جز شعره يجب أن يدفن وإن رماه فلا بأس به، وإن رماه في الكنيف أو المغتسل فهو مكروه، وفي الفتاوى العتابية: يدفن أربعة: الظفر والشعر وخرقة الحيض والدم. وينبغي للرجل أن يأخذ من شاربه حتى يوازي الطرف العليا من الشفة ويصير مثل الحاجب. وهذا كله إذا لم يكن في دار الحرب، فإن كان في دار الحرب يندب تطويل الأظفار ويندب تطويل الشعر ليكون أهيب في عين العدو. وفي التتمة: حلق شعر صدره وظهره فيه ترك الأدب. وفي الملتقط: يقبض على لحيته فإن زاد على قبضه جزه، ولا بأس إذا طالت لحيته أن يأخذ من أطرافها. وفي المضمرات: ولا بأس بأن يأخذ الحاجبين وشعر وجهه ما لم يشبه المخنث. وفي الذخيرة: ولا بأس للرجل أن يحلق وسط رأسه ويرسل شعره من غير أن يفتله، فإن فتله فهو مكروه لأنه يشبه بعض الكفرة. وإذا حلقت المرأة شعر رأسها فإن كان لوجع أصابها فلا بأس به، وإن حلقت تشبه الرجال فهو مكروه. وإذا وصلت شعرها بشعر غيرها فهو مكروه، واختلفوا في جواز الصلاة منها في هذه والمختار أنه يجوز. وإن لم يكن للعبد شعر في لحيته فلا بأس للتجار أن يشعروا على جبهته لأنه يوجب زيادة في القيمة. وفي جامع الجوامع: حلق العانة بيده وإن حلق الحجام جاز إذا غض بصره، ويجوز للمرأة أن تلقي الأذى عن وجهها اهـ. وفي النوادر: امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن إلا بقطعه أرباعاً ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت، فإن كان الولد ميتاً في البطن فلا بأس به، وإن

كان حياً لا يجوز لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع. امرأة حامل ماتت فاضطرب الولد في بطنها، فإن كان أكبر رأيه أنه حي يشق بطنها لأن ذلك تسبب في إحياء نفس محترمة بترك تعظيم الميت فالإحياء أولى ويشق بطنها من الجانب الأيسر، ولو لم يشق بطنها حتى دفنت ورؤيت في المنام أنها قالت ولدت لا ينبش القبر لأن الظاهر أنها ولدت ولداً ميتاً. امرأة عالجت في إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يستبن شيء من خلقه. وعن محمد: رجل ابتلع درة أو دنانير لآخر فمات المبتلع ولم يترك مالاً فعليه القيمة ولا يشق بطنه لأنه لا يجوز إبطال حرمة الميت لأجل الأموال، ولا كذلك المسألة المتقدمة. ونقل الجرجاني شق بطنه للحال لأن حق الآدمي مقدم على حق الله تعالى إن كان حرمة الميت حقاً لله تعالى، وإن كان حق الميت فحق الآدمي الحي مقدم على حق الميت لاحتياج الحي إلى حقه. نعامة ابتلعت لؤلؤة للغير أو دخل قرن شاة في قدر الباقلاني وتعذر إخراجه ينظر إلى أيهما أكثر قيمة فيقدم على غيره، ولذا لو دخلت دابة في دار ولا يمكن إخراجها إلا بهدم الدار ينظر إلى أيهما أكثر قيمة فيقدم على غيره فيهدم الآخر أو تذبح. ولا بأس بالقاء النيلق في الشمس لتموت الديدان التي فيه لأن فيه منفعة الناس. قال محمد في السير الكبير: لا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة أو بقر أو بعير أو فرس أو غيره من الدواب إلا عظم الخنزير والآدمي فإنه لا يمكن التداوي بهما. ولا فرق فيما يجوز بين أن تكون ذكياً أو ميتاً رطباً أو يابساً.

وفي الذخيرة: رجل سقط سنة فأخذ سن الكلب فوضعه في موضع سنة فثبتت لا يجوز ولا يقطع، ولو أعاد سنة ثانياً وثبت قال ينظر؛ إن كان يمكن قلع سن الكلب بغير ضرر يقلع، وإن كان لا يمكن إلا بضرر لا يقلع. في التتمة: يتخذ الدواء من الضفدع، ولو أكلت المرأة شيئاً لسمن نفسها لزوجها لا بأس به. وفي النوازل: مرض الرجل فقال له الطبيب أخرج الدم فلم يخرجه حتى مات لا يكون مأجوراً، ولو ترك الدواء حتى مات لا يأثم. وفي الخلاصة: صام وهو غير قادر على الصيام حتى مات أثم. وفي الخانية: جامع ولم يأكل وهو قادر على الأكل كان آثماً. فرض عليه أن يأكل مقدار قوته. التداوي بالخمر إذا أخبره طبيب حاذق أن الشفاء فيه جاز فصار حلالاً وخرج عن قوله ﷺ «لم يجعل الله شفاء أمتي فيما حرم عليهم» لأنه صار كالمضطر. وفي النوازل: رجل أدخل المرارة في أصابعه للتداوي قال أبو حنيفة: يكره. وقال أبو يوسف: يجوز. والفقيه أبو الليث اختار قول أبي يوسف. وفي الخانية: وعلى هذا الخلاف شرب بول ما يؤكل لحمه للتداوي. وفي النوازل: العجين إذا وضع على الجرح للتداوي وعرف أن التداوي به لا بأس به. وفي السراجية: وتعليق الحجاب لا بأس به وينزعه عند الخلاء والقربان، وأفتى بعضهم بأن هذا فعل العوام والجهال. الاكتحال في يوم عاشوراء لا بأس به. ضرب الدفاف على الأبواب أيام النيروز لا يحل بل هو مكروه. وفي الغياثية: الحجامة بعد نصف الشهر حسن نافع جداً ويكره قبل

وخصي البهائم وانزاء الحمير على الخيل وقبول هدية العبد التاجر وأجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين واستخدام الخصي والدعاء بمعقد

نصف الشهر. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا عزل الرجل عن امرأته بغير رضاها في هذا الزمن لخوف سوء الولد لا بأس به. قال رحمه الله: **(وانزاء الحمير على الخيل)** لأنه عليه الصلاة والسلام ركب البغل واقتناه ولو حرم لما فعل، ولأن فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان لأجل تكثير الخيل، ولا يخفى أن الدليل لا يفيد المدعي لأن غايته أن يفيد جواز الركوب ولا يلزم منه جواز الإنزاء، والجواب لما كان هذا الفعل في زمنه ظاهراً والظاهر أنه بلغه ولم ينه عنه دل على الجواز. قال رحمه الله: **(وقبول هدية العبد التاجر وأجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين)** يعني يجوز قبول هديته إلى آخر ما ذكر، ويكره كسوته الثوب وهديته النقدين وهذا هو الاستحسان. والقياس أن لا يجوز الكل لأنه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوز ما ذكر لتعامل الناس به وقبوله ﷺ هدية سلمان الفارسي قبل عتقه وقبل هدية بربرة وقال: هو لها صدقة ولنا هدية. لا يقال هذا الحكم قد علم مما ذكر في كتاب المأذون لأنا نقول هو كذلك لكن ذكر هنا بطريق الاستطراد لأن هذا محل بيان ما يجوز وما يكره. ويكره للمقرض أن يقبل هدية من أقرضه إذا كانت مشروطة في القرض أو يعلم أنما أهداها لأجل القرض، ولو لم يكن مشروطاً ولم يعلم أنه لأجل الدين لم يكره. وأما هدايا الأمراء في زماننا. قال الشيخ محمد بن الفضل: ترد على أربابها. وقال الإمام أبو بكر محمد بن حامد: توضع في بيت المال. وذكر محمد بن الفضل أن المذهب وضعها في بيت المال لكن تركت ذلك خوفاً أن يصرفها الأمراء إلى شهوات ولهوات، وكان الشيخ أبو القاسم الحكيم يقبل هدية السلطان ويأخذها فقيل له: أيحل أن نقبل هديته؟ قال: إن خلطتها بدراهم أخر فلا بأس به، وإن كان غير المغصوب من غير خلط لم يجز. وفي النوازل: إذا ناول لقمة من الطعام لغيره يعتبر في ذلك تعامل الناس، فإن علم أن رب الطعام يرضى بذلك حل، وإن علم أنه لا يرضى بذلك حرم. وفي الخلاصة: لو ناول الخادم الذي على رأس المائدة جاز، وأما رفع الطعام من بيته لمكان آخر فلا يحل إلا أن يأذن له صاحب الطعام في ذلك. ويستحب للضيف أن يجلس حيث يجلس ويرضى بما قدم له وأن لا يقوم إلا بإذن صاحب البيت، وإن يدعو له إذا خرج من بيته ولا يكثر صاحب المنزل السكوت عن الأضياف، ويستحب أن يخدم الضيف بنفسه لما روي عن قصة إبراهيم عليه السلام. وفي الخانية: لأب الصغير أن يهدي لمعلمه شيئاً في الأعياد، ويستحب أن يأكل ما سقط من المائدة. قال رحمه الله: **(واستخدام الخصي)** أي يكره استخدامه لأن فيه تحريض الناس على الخصي وهو مثلة وحرام وقد نهى عنه النبي ﷺ، وقدمنا شيئاً من أحكامه في الكلام على خصي البهائم.

قال رحمه الله: **(والدعاء بمعقد العز من عرشك)** وفيها عبارتان بمعقد وبمقعد؛ فالأولى

....

من العقد، والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً فإنه يوهم أن عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما تعلق به يكون حادثاً ضرورة والله سبحانه وتعالى عالٍ عن صفات الحدوث بل عزه قديم. وأورد عليه بعض المتأخرين أن حدوث تعلق صفته تعالى بشيء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فإن صفة العز ثابتة لها أزلاً وأبداً وعدم تعلقه بالعرش الحادث قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصان فيه كما أن تعلق كمال قدرته في هذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصاً فيه. وبالجملة التعلقات الحادثة بظاهر الصفات لا مبادي لها، ولك أن تجيب عن ذلك بأن مشايخنا إنما هربوا عنه ليس إلا لإيهام مطلق تعلق عزه بالمحدث إذ قد تقرر في أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من العدم إلى دائرة الوجود بحسب تعلق إرادة اللّه وقدرته بذلك، والحدوث إنما هو في التعلقات دون أصل الصفات، وإنما مرادهم بما هربوا عنه إيهام تعلق عز الله تعالى بالمحدث تعلقاً خاص وهو أن يكون ذلك المحدث مبتدأ أو منشأ لعزة الله تعالى كما يوهم كلمة من في عرشه، ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزة الله تعالى ولا في صفة من صفات الله تعالى أصلاً. قال أبو يوسف: لا بأس أن يقول ذلك في دعائه وبه أخذ الفقيه أبو الليث لأنه ورد أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول: أسئلك بمقعد العز من عرشك. والاحتياط الامتناع عن ذلك لكونه خبراً واحداً مخالفاً للقطعي. رجل ذكر الله في مجلس الفسق وأراد بذلك أن يشتغل بالتسبيح عما هم فيه فهو أحسن أفضل. وفي الخلاصة: ويثاب كمن سبح الله تعالى في السوق وأراد بذلك أن الناس يشتغلون بأمر الدنيا وهو يشتغل بالتسبيح. ولو فتح التاجر السلعة فصلى على النبي ﷺ وأراد بذلك إعلام المشتري جودة ثوبه فذلك مكروه بخلاف العالم إذا قال في علمه صلوا على النبي ﷺ أو قال قارئ القوم كبروا حيث يثاب وفي الخلاصة: الفقيه هل يصلي صلاة التسبيح؟ قال: ذلك طاعة العامة. قيل له: فلان الفقيه يصليها قال: هو عندي من العامة. وفي الغياثية: وردت الأخبار بتفضيل بعض السور والآيات على بعض كآية الكرسي ونحوها واختلفوا في معنى الأفضل؛ قال بعض: إن ثواب قراءتها أفضل. وقيل بأنها للقلب أيقظ وهذا أقرب إلى الصواب. والأفضل أن لا يفضل بعض القرآن على بعض. كره بعض المشايخ التصدق على الذي يقرأ القرآن في الأسواق زجراً له، والتسبيح والتهليل من الذي يسأل في الأسواق نظير القرآن. ويكره التصدق على الذي يسأل الناس في المساجد زجراً له، ويكره أن يقرأ القرآن في المخرج والمغتسل والحمام موضع النجاسات وفي المسلخ والمذبح إلا حرفاً. وفي النوازل: قراءة القرآن عند المقابر إذا أخفاها لا يكره. وإن جهر بها يكره، والشيخ محمد بن إبراهيم قال: لا بأس أن يقرأ سورة الملك على المقابر سواء أخفاها أو جهر بها، أما غيرها فلا يقرؤها لورود الآثار بسورة الملك. وعن أبي بكر وابن أبي سعيد: يستحب

العز من عرشك وبحق فلان واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو وجعل الراية في عنق

زيادة القبر وقراءة سورة الإخلاص سبع مرات، فإن كان الميت غير مغفور له غفر له، وإن كان مغفوراً له غفر لهذا القارئ ووهبت ذنوبه للميت. وفي التتارخانية: رجل مات فأجلس وارثه رجلاً على قبره يقرأ القرآن قال بعضهم يكره، والمختار أنه لا يكره والأشبه أنه ينتفع الميت. وفي الخانية: إن قراءة القرآن عند القبور إن نوى أن يؤانسهم بصوته يقرأ، وإن لم يقصد ذلك فالله سبحانه وتعالى يسمع القرآن حيث كان قوم يقرؤون القرآن في المصاحف أو رجل دخل عليه واحد فقام له فإن كان عالماً أو أباه أو استاذه الذي علمه القرآن جاز أن يقوم له وغير ذلك لا يجوز. وفي فتاوى أهواز: لا بأس بأن يقرأ القرآن إذا وضع جنبه على الأرض، وينبغي أن يضم رجليه عند القراءة وأن يخرج رأسه، إذا غطى رأسه باللحاف، وإذا قرأ آية أو سورة فعليه أن يستعيذ بالله وأن يتبع ذلك بالبسملة قبل القراءة. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا كان يقرأ القرآن فسمع المؤذن أنه يرد عليه بقلبه، وعن محمد أنه يمضي إلى قراءته ولا يلتفت إليه. وفي التتمة سئل الخجندي عن إمام يقرأ مع جماعة كل غداة بعد فراغ صلاته جاهراً آية الكرسي «وشهد الله» وآخر سورة البقرة هل يجوز ذلك؟ قال: يجوز والأفضل الإخفاء. قال السغناقي ابن الحنفية قال: الدعاء أربعة: دعاء رغبة، ودعاء رهبة، ودعاء تضرع، ودعاء خفية. ففي دعاء الرغبة يجعل بطون كفيه إلى السماء، وفي دعاء الرهبة يجعل ظهورها إلى وجهه كالمستغيث من الشيء، وفي دعاء التضرع يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الإبهام والوسطى ويشير بالسبابة، وفي دعاء الخفية يفعل ما يفعل المرء في نفسه. وفي التتمة: لا يقول الرجل استغفر الله وأتوب إليه ولكن يقول استغفر الله وأسأله التوبة. قال أبو جعفر الطحاوي: لا بأس به. وفي الفتاوى الغياثية: وما جاء في الحديث «اتقوا دعوة المظلوم وإن كان كافراً» والمراد والله أعلم كافر النعمة لا كافر الديانة. قال الصدر الشهيد: وهو الصحيح. وفيها قال أبو نصر الدبوسي: وعليه الفتوى. ولو أراد أن يصلي ويقرأ القرآن وخاف أن يدخل عليه الرياء لا يترك الصلاة والقراءة لأجل ذلك. وكذا في جميع الفرائض، وفي التتارخانية: وإذا سال الدم من الأنف فكتب الفاتحة بالدم على الفم والوجه جاز للاستشفاء والمعالجة، ولو أراد أن يكتب ذلك بالبول لم ينقل ذلك عن المتقدمين، وقيل لا بأس به إذا علم به الشفاء.

قال رحمه الله: **(وبحق فلان)** يعني لا يجوز أن يقول بحق فلان عليك وكذا بحق أنبيائك وأوليائك ورسلك والبيت والمشعر الحرام لأنه لا حق للمخلوق على الخالق وإنما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه، ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله افعل كذا لا يجب عليه أن يأتي بذلك شرعاً ويستحب أن يأتي بذلك. وفي التتارخانية: وجاء في الآثار ما يدل على جواز ذلك. قال رحمه الله: **(واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو)** يعني لا يجوز ذلك

....

لقوله عليه الصلاة والسلام «كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثاً: ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته لقوسه»[١] وأباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا إخلال بالواجبات لأنه يذكي الأفهام والحجة عليه ما روينا والأحاديث الواردة في ذلك هي كثيرة شهيرة فتركنا ذكرها لشهرتها. وفي المحيط: ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر لأنها لعب اليهود، ويكره استماع صوت اللهو والضرب به، والوجب على الإنسان أن يجتهد ما أمكن حتى لا يسمع، ولا بأس بضرب الدف في العرس. وسئل أبو يوسف عن الدف في غير العرس بأن تضرب المرأة في غير فسق للصبي قال: لا بأس بذلك. وفي الذخيرة: لا بأس بالغناء في الأعياد. وفي السراجية: وقراءة الأشعار إذا لم يكن فيه ذكر الفسق والغلام لا يكره. وفي الكافي: مستأجر الدار إذا ظهر منه الفسق بأن يجمع الناس على شرب الخمر يمنع فإذا لم يمتنع يخرج. ولم ير الإمام رحمه الله بالسلام عليه بأساً ليشغله عما هو فيه وكره أبو يوسف السلام تحقيراً له اهـ. رجل يدعوه الأمير فيسأله عن أشياء فيتكلم بما يوافق الحق يناله منه المكروه لا ينبغي له أن يتكلم إلا بالحق إلا أن يخاف القتل أو إتلاف عضو وأن يأخذ ماله. ولو مر على قوم وفيهم أهل الذمة أو كافر قال بعضهم يقول السلام على من ابتع الهدى، والصحيح أنه يقول السلام عليكم وينوي المسلمين في قلبه. وفي التتارخانية: إذا استقبل المسلم أخاه فسلم عليه يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه، وفي النوازل: إذا أتى بيت غيره لا يدخل حتى يؤذن له، فإن أذن له يدخل ويسلم عليه. ورد السلام واجب واختلفوا في أيهما أفضل البادئ أو الراد الراد أكثر أجراً والأفضل أن يأتي بالواو بأن يقول وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته. وفي فتاوى أهواز: السلام سنة على الراكب للراجل في طريق عام أو مفازة فإذا التقيا فأفضلهما الأسبق بالسلام، فإذا التقى الرجل بالمرأة يبدأ الرجل بالسلام، وإن بدأت فيرد عليها السلام إن كانت عجوزاً فبلسانه، وإن كانت شابة فبالإشارة. قال الفقيه أبو الليث: إذا دخل الفقيه على غيره ولم يسلم أثموا. وفي الغياثية: يكره السلام بالسبابة والسنة أن يسلم عليهم بلفظ الجمع، ولو كان المسلم عليه واحداً واختلفوا في السلام على الصبيان قال بعضهم لا يسلم وهو قول الحسن، وقال بعضهم يسلم هو الأفضل وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وإذا رد واحد من القوم السلام سقط عن الباقين. وفي الصيرفية: دخل على زوجته لا يسلم عليها بل هي تسلم عليه فإن لم يكن في البيت أحد فيقول السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ولو مر على المقابر يقول السلام عليكم أنتم لنا سلف ونحن لكم تبع اهـ. وفي الخانية: ويكره أن يسلم على من هو في الخلاء ولا يرد عليه السلام. وكذا الآكل والقارئ والمشتغل بالعلم. وكذا في الحمام إن كان مكشوف العورة.

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الجهاد باب ٢٣. الترمذي في كتاب فضائل الجهاد باب ١١. النسائي في كتاب الخيل باب ٨. ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ١٩. أحمد في مسنده (٤/ ١٤٤، ١٤٦).

العبد وحل قيده والحقنة ورزق القاضي وسفر الأمة وأم الولد بلا محرم وشراء ما لا بد

وقال البقالي: إذا قال لآخر اقرأ فلاناً عني السلام يجب عليه أن يفعل. تشميت العاطس إذا كان خارج الصلاة السنة في حق العاطس أن يقول الحمد لله رب العالمين أو على كل حال، ولمن حضر أن يقول يرحمك الله فيرد عليه العاطس فيقول يغفر الله لك أو يهديك. وإذا عطست المرأة فلا بأس بتشميتها إلا أن تكون شابة، وإذا عطس الرجل فشمتته المرأة، فإن كانت عجوزاً يرد عليها، وإن كانت شابة يرد في قلبه، والجواب في هذا كالجواب في السلام.

قال رحمه الله: **(وجعل الراية في عنق العبد)** أي لا يجوز ذلك. قال الشارح: وصورته أن يجعل في عنقه طوقاً مسمراً بمسمار عظيم يمنعه أن يحول رأسه وهو معتاد بين الظلمة وهو حرام لأن عقوبة الكافر تحرم كالإحراق بالنار وقال عليه الصلاة والسلام «كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار»[١]. قال في العيون: رجل اغتاب أهل قرية لم تكن غيبة حتى يسمي قوماً بأعيانهم. وفي فتاوى أهل سمرقند: ذكر مساوئ أخيه المسلم على وجه الاهتمام به ليس بغيبة، وعلى وجه النقص يكون غيبة، وإذا كان الرجل يصلي ويؤذي الناس بيده ولسانه لا غيبة في ذكر ما فيه، وإذا أعلم السلطان ليزجره فلا إثم عليه. واختلف أصحابنا في معنى قوله ﷺ «لا حسد إلا في اثنتين رجل آتاه الله تعالى مالاً فهو ينفقه في طاعة الله، ورجل آتاه الله علماً فهو يعلم الناس ويقضي به»[٢]. قال شيخ الإسلام: ظاهر الحديث. إباحة الحسد في هذين الأمرين لأنه استثناء من المحرم فيكون مباحاً. وقال غيره: الحسد حرام في هذين كما هو حرام في غيرهما، وإنما معنى الحديث لو كان الحسد جائزاً لجاز في هذين الأمرين، ومعنى الحسد المذموم أن يرى على غيره نعمة فيتمنى زوال تلك النعمة عن ذلك الغير وتمني ذلك لنفسه، أما لو تمنى لنفسه مثلها لا يكون حسداً بل يسمى غبطه ا هـ. وفي النهاية: الراية علامة أنه آبق ولا بأس به في زماننا الغلبة الإباق خصوصاً في الهنود وكان في زمانهم مكروهاً لقلة الإباق ا هـ. وفي السراجية: ويكره أن يغل يديه ولو كان الرجل يقوم ويوزع المظالم من الإمام بالعدل والأنصاف كان مأجوراً، وإن خاف الرجل على نفسه لا بأس به. قال رحمه الله: **(وحل قيده)** يعني جاز قيد العبد احترازاً من الإباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق. قال رحمه الله: **(والحقنة)** يعني تجوز للتداوي وجاز أن يظهر إلى ذلك الموضع للضرورة لقوله ﷺ «لكل داء دواء وإذا أصبت دواه لداء بإذن الله تعالى»[٣] رواه مسلم وأحمد. وقال

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب المقدمة باب ٧. النسائي في كتاب العيدين باب ٢٢.

(٢) رواه البخاري في كتاب العلم باب ١٥. كتاب الزكاة باب ٥. أحمد في مسنده (٣/ ٩، ٣٦).

(٣) رواه مسلم في كتاب السلام حديث ٦٩. البخاري في كتاب الطب باب ١. أبو داود في كتاب الطب باب ١، ١١. ابن ماجه في كتاب الطب باب ١. الترمذي في كتاب الطب باب ٢. أحمد في مسنده (١/ ٣٧٧، ٤١٣) (٤/ ٢٧٨).

. . . .

عليه الصلاة والسلام «لكل داء دواء إلا الهرم فإنه لا دواء له»[١] وراه الترمذي وصححه. ومن الناس من كره التداوي لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال «يدخل من أمتي سبعون ألفاً الجنة بغير حساب وهم الذي لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون»[٢] رواه البخاري. ولنا ما قدمنا من الأحاديث. ولا جناح على من يتداوى إذا كان يعتقد أن الشافعي هو الله تعالى، وما ورد من النهي عن الدواء إذا كان يعتقد أن الشفاء من الدواء وهو محل الكراهة. قال الشارح ونحن نقول: لا يجوز لمثل هذا التداوي، ولا فرق بين الرجل المرأة. وإنما يجوز التداوي بالأشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وغيره كما قدمنا، والتداوي لا يمنع التوكل. ولا بأس بالرقيا لأنه عليه الصلاة والسلام كان يفعله، وما روي من النهي كان محمولاً على رقي الجاهلية لأنهم كانوا يرقون بألفاظ كفر، وما رواه ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام قال «الرقي والتمائم والتؤدة شرك»[٣] محمول على ما ذكرنا. قال الأصمعي: التؤدة ضرب من السحر يحبب المرأة إلى زوجها. وعن عائشة رضي الله تعالى عنها كان النبي ﷺ إذا مرض أحد من أهله تفث عليه بالمعوذتين، فلما مرض ﷺ المرض الذي مات فيه جعلت أنفث عليه وأمس جسده بيده لأن أبرك من يدي. قال رحمه الله: **(ورزق القاضي)** يعني وحل رزق القاضي من بيت المال لأن بيت المال أعد لمصالح المسلمين ورزق القاضي منهم لأنه حبس نفسه لنفع المسلمين. وفرض النبي ﷺ لعلي لما بعثه إلى اليمن، وكذا الخلفاء من بعده. هذا إذا كان بيت المال جمع من حل، فإن جمع من حرام وباطل لم يحل لأنه مال الغير يجب رده على أربابه. ثم إذا كان القاضي محتاجاً فله أن يأخذ ليتوصل إلى إقامة حقوق المسلمين لأنه لو اشتغل بالكسب لما تفرغ لذلك، وإن كان غنياً فله أن يأخذ أيضاً وهو الأصح لما ذكرنا من العلة ونظراً لمن يأتي بعده من المحتاجين، ولأن رزق القاضي إذا قطع في زمان يقطع الولاة بعد ذلك لمن يتولى بعده. هذا إذا أعطوه من غير شرط، فلو أعطاه بالشرط كان معاقدة وإجارة لا يحل أخذه لأن القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الأجر عليه كسائر الطاعات ا هـ. ولك أن تقول: يجوز أخذ الأجرة عليه كما قالوا الفتوى على جواز أخذ أجرة على تعليم القرآن وغيره كما تقدم في كتاب الإجارة، ولا يقال هذا مكرر مع قول المؤلف وكفاية القضاة في باب الجزية لأنا نقول: ذلك باعتبار ما يجوز للإمام دفعه وهذا باعتبار ما يجوز للقاضي تناوله فلا تكرار. قال الشارح: وتسميته رزقاً يدل على أنه

---

(١) رواه الترمذي في كتاب الطب باب ٢.

(٢) رواه البخاري في كتاب الطب باب ١٧، ٤٢. مسلم في كتاب الإيمان حديث ٣٧١، ٣٧٢. الترمذي في كتاب القيامة باب ١٦. أحمد في مسنده (١/ ٤٠١، ٤٠٣، ٤٥٤).

(٣) رواه أبو داود في كتاب الطب باب ١٧. ابن ماجه في كتاب الطب باب ٣٩. أحمد في مسنده (١/ ٣٨١).

للصغير منه وبيعه للعم والأم والملتقط لو في حجرهم.

يأخذ منه مقدار كفايته وعيلته وليس له أن يأخذ أزيد من ذلك. وقد جرى الرسم بالإعطاء في أول السنة لأن الخراج كان يؤخذ في أول السنة وهو يعطي منه، وفي زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ عن السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى. ولو أخذ الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضي السنة رد ما بقي من السنة، وقيل هو على الخلاف في الزوجة على ما بينا ا هـ. قال رحمه الله: **(وسفر الأمة وأم الولد بلا محرم)** يعني يجوز لهما السفر بغير محرم لأن الأمة بمنزلة المحرم لسائر الرجال فيما يرجع إلى النظر والمس على ما بينا، وأم الولد والمكاتبة والمدبرة كالأمة لقيام الرق فيهن، وكذا معتقة البعض عند الإمام لأنها كالمكاتبة عنده. وفي الكافي قالوا: هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح، أما في زماننا فلا يجوز لغلبة أهل الفساد، ومثله في النهاية معزياً إلى شيخ الإسلام.

قال رحمه الله: **(وشراء ما لا بد للصغير منه وبيعه للعم والأم والملتقط لو في حجرهم)** يعني يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد منه وذلك مثل النفقة والكسوة ولأنه لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو ممنوع، وأصله أن التصرفات على الصغير على ثلاثة أقسام: نفع محض فيملكه كل واحد هو في عياله ولياً كان أو أجنبياً كالهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه إذا كان مميزاً، ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد، ونوع متردد بين النفع والضرر مثل البيع والإجارة للاسترباح فلا يملكه إلا الأب والجد ووصيهما، سواء كان الصغير في أيديهم أو لم يكن لأنهم يتصرفون عليه بحكم الولاية؛ هكذا في الكافي. واستئجار الظئر من النوع الأول، وفيه نوع رابع وهو الإنكاح فيجوز لكل عصبة ولذوي الأرحام عند عدم العصبات، وقد تقدم بيان ذلك في كتاب النكاح. قال في الهداية: وإنما يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للصغير إذا كان لا أب له. قال في النهاية: قوله «لا أب له» ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها جاز ولزوجها أن يقبض الهبة لقيام ولايته عليها بالعول فثبت أن الأب ليس بلازم؛ كذا ذكره فخر الإسلام. وإنما هو قيد اتفاقي ولك أن تقول: إن قول الكل ليس بصحيح إذا الثابت في كتاب الهبة إنما هو ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغير الهبة لها إذا كانت عنده يعولها لتفويض الأب ذلك له لا أن عدم الأب ليس بلازم مطلقاً فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة والصدقة لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة الذي فوض له الأب أمرها وبين غيره فلا يملكون ذلك إلا بعد موت الأب. وقال بعض المتأخرين: المراد بقول صاحب الهداية لا أب له يعني أباً معروفاً وإن كان له أب في قيد الحياة فالحق عندي أن قوله لا أب له قيد احترازي عن اللقيط إذا كان له أب حاضر لا يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للصغير ا هـ.

وتؤجره أمه فقط.

قال رحمه الله: **(وتؤجره أمه فقط)** معناه أن الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة إلا الأم فإنها تؤجره إذا كان في حجرها ولا يملكه هؤلاء وهي رواية الجامع الصغير. وفي رواية القدوري: يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الأول وهذا أقرب، فلو أجر الصبي نفسه لا يجوز لأنه مشوب بالضرر إلا إذا فرغ من العمل لأنه نفع محض بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور إذا أجر نفسه وقد ذكرناه من قبل، فإن كان الصغير في يد العم فأجرته أمه يجوز لأنه من الحفظ وهو قول أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز ا هـ. والله تعالى أعلم.

كتاب إحياء الموات

هي أرض تعذر زراعتها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر

كتاب إحياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن يكون من حيث إن هذا الكتاب مشتمل على ما يكره وما لا يكره ويكفي فيها أدنى المناسبة. والكلام هنا في وجوه: الأول في معناه لغة. والثاني في معناه شرعاً. والثالث في شرطه. والرابع في سببه. والخامس في دليله. والسادس في حكمه. أما دليله فقوله عليه الصلاة والسلام «من أحياء أرضاً ميتة فهي له»(١) وأما معناه لغة قال في الصحاح: والموات بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضاً الأرض التي لا مالك لها من الآدميين. وفي القاموس: الموات كغراب وسحاب ما لا روح فيه والأرض لا ملك لها من الآدميين ا هـ. وشرعاً ما سيأتي في عبارة المؤلف. وسبب المشروعية تعلق البناء المقرر على الوجه الأكمل وشرطه سيأتي في حكم تملك المحيي ما أحياه. قال رحمه الله: **(هي أرض تعذر زراعتها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر)** فقوله «هي أرض» بمنزلة الجنس يشمل ما تعذر وغيره، وقوله «تعذر» أخرج غيره فلا يكون مواتاً، وقوله «لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها» بيان السبب التعذر، وقوله «غير مملوكة» أخرج ما كان كذلك وهو مملوك فلا يكون مواتاً، وقوله «بعيدة عن العامر» أخرج القريبة فلا تكون مواتاً. قال الشارح: وأما تفسير لموات الأرض. وإنما سميت مواتاً إذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيهاً بالميت. قال الشارح: وهذا تفسير الحياة فظاهر. قال في العناية: والإحياء شرعاً أن يكرب الأرض ويسقيها فإن كربها ولم يسقها أو سقاها ولم يكربها فليس بإحياء، وفي الكافي: لو فعل أحدهما يكون إحياء. وعن أبي يوسف: الإحياء البناء

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ١٥. أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٧. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٨. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٢٦، ٢٧. أحمد في مسنده (٣/ ٣٠٣).

ومن أحياها بإذن الإمام ملكها وإن حجر لا ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ومن

والغراس أو الكرب أو السقي. وعن محمد: الكرب الإحياء. وفي الغياثية عن محمد: الكرب ليس بإحياء إلا أن يبذرها. وعن شمس الأئمة: الأحياء أن يجعلها صالحة للزارعة. وفي الخانية: لو بنى في بعض أرض الموات أو زرع فيها كان ذلك إحياء لذلك البعض دون غيره إلا أن يكون ما عمر أكثر من النصف في قول أبي يوسف. وقال محمد: إذا كان الموات في وسط الأحياء يكون إحياء للكل ا هـ. والإحياء لغة الإنبات سواء كان بفعل فاعل من شراء وغير ذلك، ولا يقال لماذا عرف المؤلف الموات دون الإحياء والمناسب أن يعرفهما معاً لأنا نقول: أراد بيان الأكمل وإنما ترك تعريف الإحياء. قال الشارح: لأنه ظاهر. وقوله «غيره مملوكه» يعني في دار الإسلام لأن الميت الإطلاق ينصرف إلى الكامل وكماله بأن لا يكون مملوكاً لأحد لأنها إذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي كان ملكه باقياً لعدم ما يزيله فلا يكون مواتاً، فإذا عرف المالك فهي له، وإن لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الإمام كما يتصرف في اللقطة، ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن من زرعها إن نقصت بالزراعة وإلا فلا شيء عليه، وقول القدوري فما كان منها عادياً مراده بالعادي ما قدم خرابه كأنه منسوب إلى عاد لخراب عهدهم. وجعل المملوك في دار الإسلام إذا لم يعرف له مالك من الموات لأن حكمه كالموات لأنه لا يعرف له مالك بعينه، وليس هو مواتاً حقيقة على ما بينا. وقوله «بعيدة عن العامر» هو قول أبي يوسف والبعيدة أن تكون بحيث لو وقف إنسان في أقصى العامر وصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فهو موات، وإن كان يسمع فليس بموات لأنه أهل العامر يحتاجون إليه لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم به منقطعاً. وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيداً، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريباً، وشمس الأئمة اعتمد قول أبي يوسف: وفي التتارخانية: إذا عرف أنها كانت مملوكة في الأول ولم يعرف مالكها الآن قال القاضي أبو علي السغدي عن استاذه الحكم: إنه يجوز للإمام أن يدفعها إلى رجل ويأذن له في الإحياء فتصير لمن أحياها. وفي نوادر هشام: إذا كان بها آثار عمارة من بناء وبئر ولا يعرف مالكها الآن لا يسع لأحد أن يحييها أو يمتلكها أو يأخذ منها تراباً. وفي رسالة أبي يوسف لها رون الرشيد: هي لمن أحياها وليس للإمام أن يخرجها من يده وعليه فيها الخراج. وروى هشام عن محمد في الكفور الخربة والأماكن الخربة إذا رفع الرجل منها التراب وألقاه في أرضه قال: إذا كان القصور والخراب تعرف أنه من بناء قبل الإسلام فهي بمنزلة الموات لا بأس بذلك، وإن خربت بعد الإسلام وكان لها أرباب لكن لا يعرفون لا يسع لأحد أن يأخذ منها شيئاً لأنها بمنزلة دورهم ا هـ.

قال رحمه الله: **(ومن أحياها بإذن الإمام ملكها)** وهذا قول الإمام. وقالا: يملك من أحياء ولا يشترط فيه إذن الأمام لقوله ﷺ «من أحياء أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها» رواه

....

البخاري ومسلم. ولأنه مباح سبقت إليه يده كالاحتطاب والاصطياد. وللإمام قوله ﷺ «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» فإن قلت: اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئاً من الأملاك بغير إذن الإمام مع أن الظاهر خلافه كالبيع وغيره. قلت: عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأي الإمام وما نحن فيه من ذلك. فإن قلت: كون ما نحن فيه يحتاج إلى إذن الإمام هو أول المسألة فيلزم المصادرة ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفار فصارت في أيدي المسلمين فكانت فيئاً ولا يختص أحد بالفيء بدون إذن الإمام كالغنائم بخلاف المستشهد به فلم يكن فيئاً وإذا أحياها فهي له خراجية أو عشرية على ما بينا في السير وبينا الخلاف فيه. قال في الهداية: ملكها خراجية أو عشرية قال: والواجب فيها العشر لأن ابتداء وظيفة المسلم بالخراج، إلا إذا استقاها بماء الخراجي لأنه حينئذ يكون فيها الخراج على اختلاف الماء، ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره قيل الثاني أحق بها لأن الأول ملك استغلالها لها دون رقبتها، والأصح أن الأول أحق بها لأنه ملك رقبتها بالإحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك. ولو أحيا أرضاً مواتاً ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة أربعة نفذ على التعاقب تعين طريق الأول في الأرض الرابعة في المروي عن محمد لأنه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق. وفي الظهيرية: فإن جاء أربعة معاً ولم يتقدم أحدهم وأحيا كل واحد منهم جانباً منها وأحاطوا بالأربعة جوانب معاً فله أن يستطرق من أي أرض شاء إذا كانوا أحيوا جوانبها الأربعة معاً؛ هكذا قال والدي اهـ. ويملك الذمي بالإحياء كالمسلم لأنهما لا يختلفان في سبب الملك. قال تاج الشريعة: فإن قلت: ما رواه عام خص منه الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت: ما ذكر لبيان أنه لا يجوز إلا فتيات على رأي الإمام والحشيش والحطب لا يحتاج فيهما إلى رأي الإمام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصاً، والأرض مما يحتاج فيها إلى رأي الإمام لأنها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وإرضاع الكلاب كسائر الأموال فكان ما قلنا أولى. وفي الخانية في كتاب الزكاة ذكر الناطفي القاضي في ولايته بمنزلة الإمام في ذلك اهـ. قال رحمه الله: **(وإن حجر لا)** يعني وإن حجر الأرض لا يملكها به. واختلف في كون التحجير يفيد التمليك فمنهم من قال يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين، ومنهم من قال لا يفيد ملكاً وهو مختار المصنف وهو الصحح. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياها فإنه يملكها على الثاني ولا يملكه على الأول. وجه الأول قول عمر رضي الله تعالى عنه ليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين. وجه الثاني أن الإحياء جعلها صالحة للزراعة. والتحجر للإعلام مشتق من الحجر وهو المنع بوضع حجر أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك أو بإحراق ما فيها من الشوك، وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى

حفر بئراً في موات فله حريمها أربعون ذرعاً من كل جانب وحريم العين خمسمائة

بها ولا تؤخذ إلا بعد مضي ثلاث سنين، فإذا لم يعمرها أخذها منه ودفعها إلى غيره لأنه إنما كان دفعها إليه ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين بالعشر أو الخراج، فإذا لم يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده نظير الاستباح وهو بناء السبيل وحفر المعدن في هذا الحكم. فإن قلت: إذا كان الدفع لأجل العشر أو الخراج فيقتضي هذا الدليل أن للإمام أن يأخذها ويدفعها إلى غيره بعد الإحياء أيضاً إذا كان لم يزرعها تحصيلاً لمنفعة المسلمين بالعشر أو الخراج قلنا: قد ملكها بالإحياء دون التحجر والإمام لا يملك أن يدفع مملوك أحد إلى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير المملوك إليه لذلك فافترقا. وفي المحيط: إذا حفر فيها بئراً أو ساق إلها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع، ولو حفر فيها أنهاراً لم يكن إحياء إلا أن يجري فيها، ولو حفر فيها ولم يبلغ الماء لم يكن إحياء ويكون تحجيراً ا هـ. وقناة بين رجلين أحيا أحدهما أرضاً ميتة ليس له أن يسقيها من القناة أو يجعل شربه منها لأن هذه الأرض ليس فيها حق في هذا الشرب فليس له ذلك بغير إذن شريكه، فإذا حفر رجلان بنفقتهما بئراً في الأرض موات على أن يكون البئر لأحدهما والحريم للآخر لم يجز للاصطلاح على غير موجب الشرع فإن الشرع جعل الحريم تبعاً للبئر ليتمكن صاحب البئر من الانتفاع وكان الحريم لمالك البئر، فإن كان البئر لواحد فالحريم له، وإن كان البئر بينهما فالحريم بينهما ولو شرطا على أن يكون البئر لواحد والحريم له. وإن كان البئر بينهما على أن ينفق أحدهما أكثر ولا يرجع به فالشرط باطل ويرجع بالزائد لأن الشركة تقتضي المساواة في الأصل والنفقة. وفي الغياثية: لو أقطع الإمام رجلاً أرضاً فتركها ثلاث سنين لا يعمر فيها بطل الانتفاع ا هـ.

قال رحمه الله: **(ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر)** لتحقق حاجتهم إليه تحقيقاً عند محمد، وتقديراً عند أبي يوسف على ما تقدم فصار كالنهر والطريق ولهذا قالوا: لا يملك الأمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار يستسقي منها الناس ا هـ. قال رحمه الله: **(ومن حفر بئراً في موات فله حريمها أربعون ذرعاً من كل جانب)** لقوله ﷺ «من حفر بئراً فله ما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته»[1]. ولأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها. ولو غرس شجراً في أرض الموات هل يستحق لها حريم؟ لم يذكر محمد في الأصل. وقال مشايخنا: لها حريم بقدر خمسة أذرع حتى لم يكن لغيره أن يغرس فيها شجرة وللأول منعه. وقدر الشارع حريم البئر بأربعين ذراعاً ثم قيل الأربعون من الجوانب الأربعة من كل جانب عشرة أذرع لأن ظاهر اللفظ بجميع الجوانب الأربعة، والصحيح أن المراد أربعون ذراعاً من كل أذرع من كل جانب فيتقدر بأربعين كيلاً يتعطل

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الرهون باب ٢٢. البخاري في كتاب المساقاة باب ٣.

ذراع ومن حفر في حريمها يمنع منه وللقناة حريم بقدر ما يصلحه وما عدل عنه

عليه المصالح، ولا فرق في ذلك بين أن تكون البئر للعطن أو للناضح عند أبي حنيفة. وعندهما إن كان للعطن فأربعون ذراعاً، وإن كان للناضح فحريمها ستون ذراعاً لقوله ﷺ «حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً»[1] ولأن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لأنه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشا، وفي البئر العطن يستسقي بيده ولا بد من التفاوت بينهما. وله ما روينا من غير فصل ومن أصله العام المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخالص المختلف في قبوله والعمل به. وبهذا قوله عليه الصلاة والسلام «ما أخرجته الأرض ففيه العشر» على قوله «وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» لا يقال: المراد بذكر العطن ساقية عطناً للمناسبة لأنا نقول: ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد ولأنه يستسقي من بئر العطن بالناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولأنه يمكن أن يدبر البعير حول البعير فلا يحتاج إلى الزيادة. والتقدير بالأربعين قول الإمام، وعندهما بقدر ستين ذراعاً وبه يفتي. وفي الينابيع: ومن احتاج إلى أكثر من ذلك يزاد عليه ا هـ. قال رحمه الله: **(وحريم العين خمسمائة ذراع)** لما روينا ولأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من وطن يستقر فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى الزراعة وقدر الشارع بخمسمائة ولا مدخل للرأي في المقادير، ثم قيل الخمسمائة من الجوانب الأربعة من كل جانب مائة وخمسون ذراعاً، والأصح أن الخمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هو المكسر وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة. وفي الكافي: قيل إن التقدير في البئر والعين بما ذكرنا لصلابتهما وفي أرضينا يزاد على ذلك لرخاوة الأرض كيلا يتحول الماء إلى الثانية فتعطل الاولى. قال رحمه الله: **(ومن حفر في حريمها يمنع منه)** لأنه صار ملكاً لصاحب البئر ضرورة لتمكنه من الانتفاع فكان الحافر متعدياً بالحفر في ملك غيره فإذا حفر كان للأول أن يمنعه لما ذكرنا والحفر ليس بقيد. قال في الخانية: ولو بنى الثاني في حريم الأول كان له يمنعه، ولو أراد الأول أن يأخذ الثاني بحفره كان له ذلك لأنه أتلف ملكه بالحفر. ثم اختلفوا فيما يؤاخذ به قيل بكسبه لأنه أزاله بتعديه كما لو وضع شيئاً في ملك غيره، وقيل يضمنه النقصان ويكنس الأول ما حفره بنفسه كما إذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح. وفي العناية: طريق معرفة النقصان أن يقوم الأول قبل حفر الثاني وبعده فيضمن نقصان ما بينهما وما عطب في البئر الأول فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في حفره، أما إذا كان بإذن الإمام فظاهر، وكذا إذا

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الرهون باب ٢٢. الدارمي في كتاب البيوع باب ٨٢. أحمد في مسنده (٢/ ٤٩٤).

الفرات ولم يحتمل عوده إليه فهو موات وإن احتمل عوده إليه لا ولا حريم للنهر

كان بغير إذنه عندهما، وأما عنده فيجعل الحفر تحجيراً وله ذلك بغير إذن الإمام وإن لم يثبت له الملك إلا بإذنه، وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لأنه متعد في حفره في ملك غيره، ولو حفر الثاني بئراً في منتهى حريم الأول بإذن الإمام فذهب ماء البئر الأولى وتحول إلى الثانية فلا شيء عليه لأنه غير، متعد في ذلك والماء الذي تحت الأرض غير مملوك لأحد فلا يكون له المحاصصة بسببه كمن بنى حانوتاً في جنب حانوت غيره فكسد الأول بسببه، وللثاني في الحريم من الجوانب الثلاثة دون الأول بسبق ملك الأول فيه. قال رحمه الله: **(وللقناة حريم بقدر ما يصلحه)** والقناة مجرى الماء تحت الأرض ولم يقدر حريمه بشيء يمكن ضبطه، وعن محمد هو بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل هذا قولهما، وعند الإمام لا حريم له ما لم يظهر على وجه الأرض لأنه نهر في الحقيقة فتعتبر بالنهر قالوا عند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع ا هـ. قال رحمه الله: **(وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده إليه فهو موات)** لأنه ليس في ملك أحد وجاز إحياؤه إذا لم يكن حريماً لعامر. قال رحمه الله: **(وإن احتمل عوده إليه لا)** يعني لا يكون مواتاً لتعلق حق العامة فيه على تقدير رجوع الماء إليه لأن الماء حقهم لحاجتهم إليه ا هـ.

قال رحمه الله: **(ولا حريم للنهر)** وهذا قول الإمام. وقالا: له حريم من الجانبين لأن استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين لأنه يحتاج إلى الشيء على حافتي النهر ليجري الماء إذا حبس بشيء وقع فيه إذ لا يمكنه المشي في وسط الماء، وكذا يحتاج إلى موضع يلقي عليه الطين عند الكرب. وفي الكبرى: والفتوى على قول أبي يوسف. وهذا إذا حفر النهر في أرض الموات. وفي الكافي: ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند الإمام إلا أن يقيم البينة على ذلك. وقالا: له مشاة النهر ويمشي عليها ويلقي عليها طينه. وفي السراجية قال حسام الدين: والصحيح أنه يستحق الحريم. وفي الفتاوى: نهران بين قريتين وقع الاختلاف في حريمهما فما كان مشغولاً بتراب أحد النهرين فهو في أيدي أهل ذلك النهر والقول في ذلك القدر لهم فلا يصدق الآخرون إلا ببينة، وما كان بين النهرين ولم يكن مشغولاً بتراب أحدهما فهو بين أهل القريتين إلا أن يقيم أحدهما البينة أنه له خاصة. قال الشارح: دليل الأمام أن استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصاً بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما ألا ترى أن من بنى قصراً في الصحراء لا يستحق حريماً وإن كان يحتاج إليه لإلقاء الكناسة لأنه يمكن الانتفاع بالقصر دون الحريم. وفي الجامع الصغير: نهر لرجل إلى جنبه مسناة وأرض لآخر والمسناة في يد أحدهما فإن لم يكن لأحدهما غرس ولا طين ملقى فادعى صاحب الأرض المسناة وادعاه صاحب النهر

مسائل الشرب وهو نصيب الماء الأنهار العظام كدجلة الفرات غير مملوكة ولكل أن يستقي أرضه ويتوضا به ويشرب وينصب الرحا عليه ويكري نهراً منها إلى أرضه إن لم يضر بالعامة وفي الأنهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقي دوابه لا أرضه

أيضاً فهي لصاحب الأرض عند الإمام. وقالا: هي لصاحب النهر جرى الملقى عليه طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موازياً للأرض لا فصل بينهما وأن لا يكون الحريم مشغولاً بحق أحدهما معيناً معلوماً، وإن كان فيه أشجار ولا يدري من غرسها فهو على الخلاف أيضاً، وكذا قبل إلقاء الطين على الخلاف، والصحيح أنه لصاحب النهر ما لم يفحش. ثم إذا كان الحريم لأحدهما أيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه وإلقاء الطين ونحو ذلك مما جرت به العادة ولا يغرس فيه إلا المالك لأنه لا يبطل حقه. قال الفقيه أبو جعفر: أخذ بقوله في الغرس وبقولهما في إلقاء الطين. ثم عند أبي يوسف حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الحاوي، وعند محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخي. وذكر في كشف الغوامض أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج فيه إلى الكري في كل حين أما الأنهار الصغار يحتاج فيه إلى كربها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق ا هـ.

(**مسائل الشرب**) لما فرغ من ذكر إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لأن إحياء الموات يحتاج إليه. وقدم فصل المياه على غيره لأن المقصود هو الماء؛ لا يقال إذا كان الشرب مما يحتاج إليه إحياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات قلنا لأصالته وكثرة فروعه يستحق التقديم على الشرب. قال في المحيط: يحتاج إلى معرفة مشروعية حق الشرب وتفسيره لغة وشرعاً وركنه وشرطه وحكمه. أما مشروعيته فلقوله ﷺ «إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لأهل الأعلى أن يحبسوه عن أهل الأسفل» وأما تفسيره لغة فهو عبارة عن النصيب من الماء لقوله تعالى ﴿كل شرب محتضر﴾ [القمر: ٢٨] أراد بالشرب النصيب من الماء ولقوله تعالى ﴿لها شرب﴾ [الشعراء: ١٥٥] أي نصيب. وفي الشرع النصيب من الماء للأراضي لا لغيرها. وأما ركنه فهو الماء لأن الشرب يقوم به. وأما شرط حله أن يكون ذا حظ من الشرب. وأما حكمه فالإرواء لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله وإنما شرب الأرض لتروى ا هـ. قال رحمه الله: (**وهو نصيب الماء**) قال الشارح: أي الشرب بالكسر هو النصيب والماء والصواب هو النصيب من الماء، ولك أن تقول ما ذكره المؤلف المعنى اللغوي وهو لا يليق؛ ذكره في المتون. قال رحمه الله: (**الأنهار العظام كدجلة الفرات غير مملوكة ولكل أن يستقي أرضه ويتوضا به ويشرب وينصب الرحا عليه ويكري نهراً منها إلى أرضه إن لم يضر بالعامة**) لقوله عليه الصلاة والسلام «الناس

وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع والمحرز في الكوز والحب لا ينتفع فيه إلا

شركاء في ثلاث. في الماء والنار والكلأ»[1] ولأن هذه الأنهار ليس لأحد فيها يد على الخصوص لأن قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزاً في الملك بالإحراز، فإذا لم يكن مملوكاً كان مشتركاً. والمراد بالماء في الحديث ما ليس بمحرز فإن المحرز قد ملكه فخرج عن كونه مباحاً كالصيد إذا أحرزه لا يجوز لأحد أن ينتفع به إلا بإذنه. وشرط لجواز الانتفاع أن لا يضر بالعامة فإن كان يضر بالعامة ليس له الكري ونصب الرحا لأن الانتفاع بالمباح لا يجوز إلا إذا كان لا يضر بالعامة كالشمس والقمر والهواء. والمراد بالكلأ الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه، وإن كان في أرض غيره. والمراد بالنار والاستضاءة بنورها والاصطلاء بها والإيقاد من لهبها فليس لأحد أن يمنع من ذلك. إذا كان في الصحراء بخلاف ما لو أراد أن يأخذ جمرة لأنه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر أملاكه ا هـ. قال رحمه الله: **(وفي الأنهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقي دوابه لا أرضه وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع)** وإنما كان له حق الشرب وسقي الدواب لما روينا ولأن الأنهار والآبار والحياض لم توضع للإحراز والمباح لا يملك إلا بالإحراز ولكن المسافر لا يمكنه أن يأخذ ما يوصله إلى مقصده فيحتاج أن يأخذ مما يمر عليه مما ذكر ما يحتاج إليه لنفسه ودوابه وصاحبه، فلو منع من ذل لحقه ضرر عظيم وهو مدفوع شرعاً بخلاف سقي الأراضي حيث يمنع وإن لم يكن فيه ضرر لأن في إباحة ذلك إبطال حق صاحب الأنهار إذ لا نهاية لذلك فتذهب منفعة صاحب الأنهار فيلحقه بذلك ضرر بخلا سقي الدواب لأنه مثله لا يلحقه به ضرر حتى لو تحقق فيه الضرر يمنع وهو المراد بقوله «وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور» لأن الحق لصاحبه على الخصوص، وإنما أثبتنا ما ذكرنا لغيره للضرورة فلا معنى لابقائه على وجه يضر بصاحبه. قال في الهداية: ولهم الشرب وإن شربوا الماء كله ا هـ. وفي المحيط: ولو أراد صاحب الأرض أن يغرف باجرة فلصاحب الملك أن يمنعه من الدخول وإن لم يجد يقال لصاحب الملك إما أن يعطيه الماء وإما أن تمكنه من الدخول بشرط أن لا يكسرها في النهر. قالوا: هذا إذا كان في أرض مملوكه، فأما إذا حفر في أرض موات لم يكن لصاحب النهر منعه من الدخول إذا كان لا يكسر مسناة النهر لأن الأرض كانت مشتركة بين الناس كافة، فأما إذا أحياها إنسان لم تنقطع الشركة في الدخول لأهل الشفعة، ويجوز أن تكون رقبة الشي لإنسان وللآخر فيه حق الدخول ا هـ. وفيه

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٦٠. ابن ماجه في كتاب الرهون باب ١٦. أحمد في مسنده (٥/ ٣٦٤) بلفظ «المسلمون» بدل «الناس».

بإذن صاحبه وكري نهر غير مملوك من بيت المال فإن لم يكن فيه شيء يجبر الناس على

أيضاً: رجل له ماء يجري إلى مزرعته فيجيء رجل ويسقي دوابه حتى ينفد الماء كله هل لصاحب النهر أن يمنعه؟ ليس له ذلك ا هـ.

قال رحمه الله: **(والمحرز في الكوز والحب لا ينتفع فيه إلا بإذن صاحبه)** لأنه ملكه بالإحراز فكان أحق به كالصيد إذا «أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهة، ولو سرق الماء في موضع يعز فيه الماء وهو يساوي نصاباً لا يقطع. واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في شيء من الأشياء كلها لأن قوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ [البقرة: ٢٩] يورث الشبهة بهذا الطريق. وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق قوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ ولا يلزم من العمل به إبطال الكتاب خلاف قوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ فإن العمل به على الإطلاق يبطل العمل بقوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ [النور: ٢] ﴿والسارق والسارقة﴾ [المائدة: ٣٨] وغير ذلك، فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصيات؛ كذا في العناية. واعترض بأنه وإن لم يلزم من العمل بالحديث إبطال الكتاب لكن يلزم به إبطال دليل شرعي آخر فإنكم حكمتم بأن الماء المحرز في الأواني يصير مملوكاً بالإحراز وينقطع حق الغير عنه وهو حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا محالة، فلو عملنا بالحديث المذكور على الإطلاق لزم إبطال ذلك الدليل الشرعي فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه بخصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك مخصوص لمحرزه، ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر في ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشفعة من الدخول، وقد قدمنا عن المحيط بتفاصيله، وحكم الكلأ حكم الماء على التفاصيل المتقدمة. ولو منع رب النهر من يريد الماء وهو يخاف على نفسه أو على دابته العطش فإن له أن يقاتله بالسلاح لأثر عمر، ولأنه قصد إتلافه. وإن كان الماء محرزاً في الأواني فليس للذي يخاف العطش أن يقاتل بالسلاح. وله أن يقاتله بغير السلاح إذا كان فيه فضل عن صاحبه فصار نظير الطعام حالة المخمصة. وفي الكافي: قيل في البئر ونحوه والأولى أن يقاتله بغير السلاح لأنه ارتكب معصية فصار بمنزلة التعزير؛ هذا يشير ألى أن له أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله به وأهل الشفعة بأن كانوا يشربون الماء كله بأن كان نهراً صغيراً وفيما يرد عليه من المواشي كثرة ينقطع الماء اختلفوا فيه؛ قال بعضهم ليس لربه أن يمنع وأكثرهم على أن له أن يمنع لأنه يلحقه الضرر بذلك فصار كسقي الأرض. وله أن يأخذ منه الماء للوضوء وغسل الثياب في الأصح، وقيل ينقلهما في النهر. ولو أراد أن يسقي شجراً أو خضراً في داره فحمل الماء إليه بالجرة كان له ذلك. وقال بعض أئمة بخارى: ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر؛ والأول أصح لأن الناس يتوسعون في ذلك. وليس له أن يسقي نخله وشجره وأرضه

كربه وكري ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبي على كربه ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل برئ ولا كراء على أهل الشفعة وتصح دعوى

من نهر غيره إلا بإذن صاحبه، وله أن يمنع من ذلك. فالحاصل المياه ثلاثة: الأنهار العظام التي لا تدخل في ملك أحد، والأنهار التي هي مملوكة، وما صار في الأواني وقد ذكرنا حكم كل واحد بتوفيق الله تعالى. قال رحمه الله: **(وكري نهر غير مملوك من بيت المال)** لأن ذلك لمصلحة العامة وبيت المال معدلها. قال في الهداية: ويصرف ذلك من الجزية والخراج دون العشر والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب. قال رحمه الله: **(فإن لم يكن فيه شيء يجبر الناس على كربه)** يعني إذا لم يكن في بيت المال شيء أجبر الإمام الناس على كربه لأن الإمام نصب ناظراً وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقلما يتفق العوام علي المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه لما روي أن عمر أجبر في مثل هذا فكلموه فقال: لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج للكري من كان يطيق الكري منهم ويجعل مؤته على الأغنياء الذي لا يطيقون الكري بأنفسهم. قال في الهداية: فإن أراد أن يحصص النهر خوف الانتشاف وفيه ضرر عظيم يجبرهم على ذلك ا هـ. قال رحمه الله: **(وكري ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبي على كربه)** لأنه منفعة لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم ولأن الغرم بالغنم ومن أبى منهم يجبر، وقيل إن كان خاصاً لا يجبر. والفاصل بين الخاص والعام أن ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به الشفعة عام. وبيان الفرق أنه إذا كان عاماً فيه دفع ضرر عام فيجبر الآبي بخلاف الخاص، وفي الضرر الخاص يمكن الدفع بأن يرفع الأمر إلى القاضي فينفق ويرجع على الممتنع بحصته، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، وصار كزرع بين شريكين امتنع أحدهما من الانفاق فلصاحبه أن ينفق عليه بأمر القاضي ويرجع عليه بما أنفق فكذا هذا؛ كذا في المحيط بخلاف ما إذا كان عاماً لا يمكن الرجوع لكبرهم فيجبر الممتنع، ولا يقال في كراء النهر الخاص احياء له حقوق أهل الشفعة فيكون في تركه ضرر عام لأنا نقول: لا جبر لأجل أهل الشفعة ألا ترى أن أهل النهر لو امتنعوا عن كربه لا يجبرهم في ظاهر الرواية لأنهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم. ولو كان حق أهل الشفعة معتبراً لا جبر. وفي التتارخانية: معناه أن ينقلوا نصيب الآبي من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما أنفق.

قال رحمه الله: **(ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل برئ)** وهذا عند الإمام. وقالا: المؤنة عليهم جميعاً من أول النهر إلى آخره بالحصص لأن كل واحد منهم ينتفع بالأسفل كما ينتفع بالأعلى لأنه يحتاج إلى مسيل الفاضل من الماء فإنه إذا سد عليه فاض الماء إلى أرضه فيفسد زرعه، ولأن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله إلى أسفله. وفي الخانية: الفتوى على قول الإمام. واختلف أئمتنا في الطريق الخاص إذا احتاج الإصلاح؛ قيل هو على هذا الاختلاف عند الإمام عليه المؤنة إلى أن يجاوز أرضه، وعندهما من أوله إلى

الشرب بغير أرض نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم

آخره، قال الهندواني: ورأيت في بعض الكتب إذا انتهى إلى دار رجل يدفع عنه مؤنة الإصلاح بالإجماع فيحتاج إلى الفرق بين الطريق والنهر. والفرق أن صاحب الدار لا يحتاج إلى النظر فيما جاوز داره بوجه من الوجوه بخلاف صاحب الأرض. وللإمام أن مؤنة الكرب على من ينتفع به ويسقي منه أرضه فإذا جاوز أرضه برئ فلا يلزم شيء في مؤنة ما بقي ألا ترى أن من له الحق يسيل الماء على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارته باعتبار مسيل الماء فيه، ولأنه يتمكن من دفع الضرر عنه بسد فوة النهر من أعلاه إذا استغنى عنه. وزعم بعضهم أن الكرب إذا انتهى إلى فوة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة، والأصح أنه يمكنه مؤنة الكرب إلى أن يجاوز حد أرضه لأن له أن يأخذ الفوة من أي موضع شاء من أرضه من أعلاها أو أسفلها. قال رحمه الله: **(ولا كراء على أهل الشفعة)** لأنهم لا يحصون. قوله «لا يحصون» لأن أهل الدنيا كلهم لهم حق الشفعة ومؤنة الكري لا تجب على قوم لا يحصون. ولأن المراد من حفر الأنهار ونحوها سقي الأراضي وأهل الشفعة اتباع والمؤنة تجب على الأصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة. قال رحمه الله: **(وتصح دعوى الشرب بغير أرض)** وهذا استحسان. والقياس أن لا يصح لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى به في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ولأنه يطلب من القاضي أن يقضي له بالمدعى به إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون الأرض فلا يستمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر في حق المسلمين. وجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه ويمكن أن يملكه بغير الأرض بالإرث والوصية وقد تباع الأرض ويبقى الشرب وحده فإذا استولى عليه رجل ظلماً كان له أن يرفع يده عنه بإثبات حقه بالبينة. رجل له أرض وللآخر نهر يجري فيها فأراد رب الأرض أن يمنع النهر أن يجري في أرضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لأن موضع النهر في يد رب النهر، وعند الاختلاف القول قوله في أنه ملكه، فإذا لم يكن في يده ولم يكن جارياً فيها فعليه البينة أن هذا النهر له وأن مجراه في هذه الأرض بسوقه إلى أرض له ليسقيها فيقضي له لإثباته بالحجة ملك الرقبة إذا كانت الدعوى فيه أو حق الآخر في إثبات المجرى من غير دعوى الملك وعلى هذا نصيب الماء في كل نهر أو مجرى على سطح أو الميزاب أو المشي في دار غيره فالحكم فيه كالشرب كما قدمنا اهـ. قال رحمه الله: **(نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم)** لأن المقصود بالشرب سقي الأرض والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها، والظاهر أن حق كل واحد مقدار أرضه بخلاف الطريق إذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك رقبة الطريق. ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لأن المقصود الاستطراق وذلك لا يختلف باختلاف الدار؛ لا يقال استويا في إثبات اليد على النهر فوجب

وليس لأحدهم أن يشتق نهراً أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسراً أو يوسع فم النهر أو يقسم بالأيام وقد وقعت القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه إلى أرض له أخرى ليس

أن يستويا في الاستحقاق لأنا نقول: الماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة ولا يمكن إحرازه وإنما ذلك بالانتفاع به. والظاهر أن الانتفاع متفاوت بتفاوت الأرض فتتفاوت الأجزاء في ضمن الانتفاع فيكون كل واحد منهما بحسب ذلك وليس لأحدهم أن يسكر النهر على الأسفل ولكن يشرب حصته لأن في السكر إحداث شيء لم يكن في وسط النهر ورقبة النهر مشترك بينهم فلا يجوز لأحدهم أن يفعل ذلك بغير إذن الشركاء، فإن تراضوا على أن الأعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته واصطلحوا أن يسكر كل واحد في نوبته جاز لأن المانع حقهم وقد زال ذلك بتراضيهم، ولكن إن أمكنهم أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر ذلك بالطين والتراب لأن به ضرراً بالشركاء، ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل واحد منهم إلا بالسكر فإنه يبدأ بالأعلى حتى يروي ثم بالذي بعده كذلك وليس لأهل الأعلى أن يمنعوه من أهل الأسفل ا هـ.

قال رحمه الله: **(وليس لأحدهم أن يشتق نهراً أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسراً أو يوسع فم النهر أو يقسم بالأيام وقد وقعت القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه إلى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم)** لأن في شق النهر ونصب الرحا كسر صفة النهر المشترك وشغل المشترك بالبناء بغير إذن الشركاء لا يجوز إلا أن يكون الرحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها فيجوز لأن ما يحدثه من البناء في خالص ملكه وبسبب الرحا لا ينقص الماء، والمانع من فعل ذلك الإضرار بالشركاء ولم يوجد. وبالقنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك بغير إذن الشركاء فلا يجوز. والدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز في رأسه مغرفة كبيرة ليسقي بها. وقيل: هو الدولاب والسانية للبعير يسقى عليها من البئر. والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون بين الألواح وغيره. والقنطرة ما يتخذ من الآخر؟ والحجر. والكوى نقب البيت والجمع كوى. وإذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر بين القوم فإذا أراد أن يقنطر عليه أو يسده من جانبيه كان له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه برفع بنائه، وإن كان يزيد في أخذ الماء كان للشركاء منعه. وإنما لا يكون له أن يوسع فم النهر لأن فيه كسر صفته ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وهذا ظاهر فيما إذا لم تكن القسمة بالكري، وكذا إن كانت بالكري لأنه إذا وسع فم النهر يخس الماء في ذلك الموضع فيدخل في ملكه أكثر مما كان له أو لا، وكذا إذا أراد أن يؤخر فم النهر فيجعلها في أربعة أذراع من فم النهر لأن يحبس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه وليس له ذلك إلا بإذن الشركاء بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعه من حيث العمق في مكانه حيث يكون له ذلك في الصحيح لأن قسمة الماء في الأصل وقع باعتبار سعة الكوى وضيقها من غير اعتبار

لها فيه شرب بلا رضاهم ويورث الشرب ويوصي بالانتفاع بعينه ولا باع ولا يوهب

السفل والرفع في العمق هو العادة فلا يؤدي إلى غير موضع القسمة فلا يمنع. وإنما لم يكن له أن يقسم بالأيام بعد ما وقعت القسمة بالكوى لأن القديم يترك على حاله لظهور أن الحق فيه، ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة، وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كان الكوى في النهر الأعظم لأن لكل واحد منهم أن يشق نهراً منه ابتدا فالكوى بطريق الأولى. وإنما لم يكن له أن يسوق شربه إلى أرض أخرى ليس لها فيه شرب لأنه إذا فعل ذلك يخشى أن يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الأولى إذا تقادم العهد، ويستدل على ذلك بالحفر وإجراء الماء فيه إليها. وكذا لو أراد أن يسوق شربه إلى أرض الأولى حتى ينتهي إلى الأخرى لأنه يسوق زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تشرب الماء قبل أن يسقي الأخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه باباً إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار مفتحها في هذا الطريق بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع لأن المارة لا تزداد وله حق المرور ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار بالرفع. ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوة بينهما أن يسد بعضها دفعاً لفيض الماء عن أرضه لكيلا ينز ليس له ذلك لما فيه من الإضرار بالأخرى، وكذا إذا أراد أن يقسم النهر مناصفة لأن القسمة في الكوة تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق وبعد لهما الرضا لصاحب السفل أن ينقض ذلك، وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة للشرب لا مبادلة لأن مبادلة الشرب بالشرب باطلة. وكذا إجارة الشرب لا تجوز فتعينت الإعارة فيرجع فيها، وكذا ورثته في أي وقت شاءوا لأن الإعارة غير لازمة ا هـ.

قال رحمه الله: **(ويورث الشرب ويوصي بالانتفاع بعينه ولا باع ولا يوهب)** لأن الورثة خلف الميت يقومون مقامه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه كالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر، وكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز للغرور والجهالة ولعدم الملك فيه للحال لأنه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل، وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ولا في الخلع ولا في الصلح عن دم العمد وهذه العقود صحيحة ولا تبطل بهذا الشرط فيها، ويجب على الزوج مهر المثل على المرأة رد ما أخذت من المهر، وعلى القاتل الدية. وكذا لا يصلح بدلاً في دعوى حق وللمدعي أن يرجع في دعواه. وذكر صاحب الهداية في البيع الفاسد أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ في الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن. قال صاحب الخلاصة: رجل له نوبة ماء في يوم معين في الأسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الإمام علي البزدوي أن غاصب الماء يكون

ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن.

ضامناً، وذكر في الأصل أنه لا يكون ضمناً. وفي الفتاوى الصغرى: رجل أتلف شرب رجل بأن سقى أرضه بشرب غيره قال الإمام علي البزدوي: يضمن. وقال الإمام خواهر زاده: لا يضمن وعليه الفتوى. فتوهم بعضهم أن صاحب الهداية تناقض حيث قال هنا لا يضمن إن سقى من شرب غيره وقال هناك ولهذا يضمن بالإتلاف وليس كذلك، بل ما ذكر في كتاب البيوع على رواية مشايخ بلخ وما ذكر ههنا على رواية الأصل. قال الشارح: لو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الأرض على رواية الأصل فإن لم يكن للشرب أرض قيل يجمع الماء في نوبة في حوض فيباع إلى أن يقضي الدين من ذلك، وقيل ينظر لإمام إلى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب إليها فيبيعها برضا صاحبها، ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب وإلى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت. والسبيل في معرفة قيمة الشرب إذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم في العقر الواجب بشبهة ينظر إلى هذه المرأة بكم كانت تستأجر للزنا فذلك القدر هو عقدها في الوطء بالشبهة، وإن لم يجد اشترى على تركة الميت أرضاً بغير شرب ثم يضم إلى هذا الشرب فيبيعها فيؤدي من الثمن قيمة الأرض المشتراة والفاضل للغرماء. قال رحمه الله: **(ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن)** لأنه متسبب وليس بمتعد فلا يضمن لأن شرط وجوب الضمان في السبب أن يكون متعدياً ألا ترى أن من حفر بئراً في أرض لا يضمن ما عطب فيه وإن حفر في الطريق يضمن. وإنما قلنا أنه ليس بمتعد لأن له أن يملأ أرضه ويسقيه قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقياً معتاداً بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة، أما إذا سقاها سقياً لا تحتمله أرضه فيضمن وهو نظير ما لو أوقد ناراً في داره فاحترق دار جاره فإن كان أوقدها مثل العادة لم يضمن، وإن كان بخلاف العادة يضمن، وكان الشيخ اسمعيل الزاهد يقول: إنما لم يضمن بالسقي المعتاد إذا كان محقاً فيه بأن سقى أرضه في نوبته مقدار حقه، وأما إذا سقاها في ير نوبته أو في توبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدي في السبب اهـ. والله أعلم.

كتاب الأشربة

الشراب ما يسكر والمحرم منها أربعة الخمر وهي النيء من ماء العنب إذا غلا واشتد

كتاب الأشربة

ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرف واحد لفظاً ومعنى، فاللفظي هو الشرب مصدر شرب، والعرف المعنوي هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فإن كلاً منهما مشتق من ذلك المصدر. ولا بد في الأشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى. قال في العناية: ومن محاسن ذكر الأشربة بيان حرمتها إذ الشبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي يحصل به معرفة شكر المنعم. فإن قيل: ماذا حل للأمم السابقة مع احتياجهم إلى العقل؟ أجيب بأن السكر حرام في جميع الأديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة من الله علينا لئلا يؤدي إلى المحظور بأن يدعو القليل إلى الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية. فإن قيل: هلا حرمت علينا النبيذ والداعي المذكور موجود؟ أجيب بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك وإنما يتدرج الضاري لئلا يتعداه من الإسلام - كذا في العناية - بأن ينفر من الإسلام اهـ. وأضيف هذا الكتاب إلى الأشربة والحال أن الأشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات حراماً كان أو حلالاً. وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكراً لما في هذا الكتاب من بيان حكم الأشربة كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود. وفي التلويح: وفي أوائل القسم الثاني أن إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان حقيقة لا مجاز، ولا يخفى أنه يحتاج إلى تفسير الأشربة لغة وشرعاً وقد تقدم، وإلى بيان الأعيان التي تتخذ منها الأشربة وأسمائها وسيأتي بيان ذلك اهـ. قال رحمه الله: **(الشراب ما يسكر)** هذا في إصلاح الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر حرام»[1] وهذا معناه قال

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأدب باب ٨٠. مسلم في كتاب الأشربة حديث ٧٣- ٧٥. أبو داود في كتاب الأشربة باب ٥، ٧. الترمذي في كتاب الأشربة باب ١، ٢. النسائي في كتاب الأشربة باب ٥٣. الموطأ في كتاب الضحايا حديث ٨. أحمد في مسنده (١/ ٢٧٤، ٢٨٩) (٢/ ١٦، ٢٩).

وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها والطلاء وهو العصير إن طبخ حتى ذهب أقل من

رحمه الله: **(والمحرم منها أربعة الخمر وهي النيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها)** وقال بعضهم كل مسكر خمر لقوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر»[١] رواه مسلم. ولقوله عليه الصلاة والسلام «الخمر من هاتين النخلة والعنبة»[٢] رواه مسلم وأبو داود. ولأنها سميت خمر المخامرة العقل وكل مسكر يخامر العقل. ولنا أجماع أهل اللغة على حقيقته في النيء من ماء العنب وتسمية غيرها بالخمر مجازاً وعليه يحمل الحديث المتقدم؛ كذا في الشارح وفيه نظر، لأنه نقل في القاموس الخمر ما يسكر من عصير العنب أو عام قال: والعموم أصح. وأيضاً الحديث محمول على بيان الحكم لأنه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الأحكام لا لبيان الحقيقة اللغوية. والتعريف المذكور للخمر هو قول الإمام، وعندهما إذا اشتد صار خمراً ولا يشترط فيه القذف بالزبد لأن اللذة تحصل به وهو المؤثر في إيقاع العداوة والصد عن الصلاة، وله أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف بالزبد. والكلام فيه في مواضع: أحدهما في بيان ماهيته، والثاني وقت ثبوت هذا الاسم وقد تقدما، والثالث أن عينه حرام غير معلول بالسكر بخلاف غيره من الأشربة فإنه معلول بالسكر، ومن الناس من يقول غير المسكر منها ليس بحرام كغيره من الأشربة فإنه معلول بالسكر لأن الفساد لا يحصل إلا به وهذا كفر لأنه مخالف الكتاب والسنة الإجماع. والرابع أنها نجسة العين نجاسة غليظة كالبول والغائط. والخامس أن مستحلها يكفر لإنكاره الدليل القطعي. والسادس سقوط تقويمها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها السابع لا يجوز بيعها لقوله ﷺ «إن الذي حرم شربها حرم بيعها»[٣] رواه مسلم. والثامن أنه يحد شاربها وإن لم يسكر. والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه لا يمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها. والعاشر جواز تخليلها على ما يجيء من قريب إن شاء الله تعالى. وفي الكافي: ولا يحل أن يستقيه ذمياً أو صبياً أو دابة. وفي الخانية: ويكره الاكتحال بالخمر وأن يجعله في السعوط. وفي الأصل: لو عجن الدقيق بالخمر كره أكله، والحنطة إذا وقعت في الخمر يكره أكلها قبل الغسل، ولو انتفخت الحنطة في الخمر قال محمد: لا تطهر قبل الغسل. وقال أبو يوسف: تغسل ثلاث مرات وتجفف في كل مرة فتطهر، وعلى هذا الخلاف إذا طبخ اللحم في الخمر فهو على هذا الخلاف. وفي الخلاصة: لو طبخ الخمر بالماء والماء أقل أو سواء يحد شاربه وإن

---

(١) نفس المصدر في الصفحة السابقة.

(٢) روا مسلم في كتاب الأشربة حديث ١٣ـ ١٥. أبو داود في كتاب الأشربة باب ٤. الترمذي في كتاب الأشربة باب ٨. النسائي في كتاب الأشربة باب ١٩، ٣٧. ابن ماجه في كتاب الأشربة باب ٥. أحمد في مسنده (٢/ ٢٧٩، ٤٠٨).

(٣) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ٦٨. النسائي في كتاب البيوع باب ٩٠. الموطأ في كتاب الأشربة باب ١٢. أحمد في مسنده (١/ ٢٣٠، ٢٤٤).

ثلثيه والسكر وهو النيء من ماء الرطب ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب

كان الماء أكثر لا يحد إلا ذا سكر. وفي الكافي: واختلفوا في سقوط ماليتها والصحيح أنها مال اهـ.

قال رحمه الله: **(والطلاء وهو العصير إن طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه)** وهذا النوع الثاني. قال في المحيط: الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكراً وهو الصواب، وإنما سمي طلاء لقول عمر ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو النفط الذي يطلى به البعير إذا كان أجرب. ونجاسته قيل مغلظة، وقيل مخففة وهو ظاهر الرواية. وإن طبخ حتى ذهب أكثر من نصفه فحكمه حكم الباذق والمنصف في ظاهر الرواية. وفي الظهيرية: ويجوز بيع الباذق والمنصف والمسكر ونقيع الزبيب ويضمن متلفهم في قول الإمام خلافاً لهما والفتوى على قولهما اهـ. وفي الينابيع: الطلاء ما يطبخ من عصير العنب في نار أو شمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وهو عصير محض، فإن كان فيه شيء من الماء حتى ذهب ثلثاه بقي المجموع من الماء والعصير اهـ. وفي الهداية: ويسمى الطلاء الباذق أيضاً سواء كان الذاهب قليلاً أو كثيراً، والمنصف ما ذهب نصفه وبقي نصفه وكل ذلك حرام اهـ. وعندنا إذا غلا واشتد بالزبد وإذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الخلاف بين الإمام وصاحبيه كما تقدم. قال رحمه الله: **(والسكر وهو النيء من ماء الرطب)** وهذا هو النوع الثالث من الأشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح إذا سكنت، وإنما يحرم إذا قذفت بالزبد وقبله حلال. وقال شريك بن عبد الله. وهو حلال وإذا قذف بالزبد لقوله تعالى ﴿تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً﴾ [النحل: ٦٧] امتن علينا به والامتنان لا يكون بالمحرم ولنا ما روينا، والآية محمولة على الابتداء حين كانت الأشربة مباحة، وقيل أريد بها التوبيخ ومعناها والله أعلم تتخذون منه سكراً وتدعونه رزقاً حسناً. والثاني الفضيخ وهو النيء من البسر المذنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد فإنه اسم مشتق من الفضخ وهو الكسر، يقال انفضخ سنام البعير أي انكسر من الحمل فلما كان البسر ينكسر لاستخراج الماء منه سمي الماء المستخرج بعد الفضخ؛ كذا في المحيط. قال رحمه الله: **(ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب)** وهو الرابع من الأشربة المحرمة إذا اشتد لما قدمنا. ثم حرمة هذه الأشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها، ونجاستها خفيفة ويضمن متلفها عند الإمام على ما بينا في الغصب، وعن أبي يوسف يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف. ولقائل أن يقول: من هذه الأشربة نقيع التمر وهو السكر وقد استدللنا على حرمته بإجماع الصحابة وقد تقرر أن الإجماع دليل قطعي فيكفر مستحلها فيكيف قلتم لا يكفر مستحلها؟ ويجاب بأنه قد يكون نقل الإجماع بطريق الآحاد فلا يفيد القطع والمنقول في حرمة السكر من هذا القبيل. وفي المحيط: ونقيع الزبيب نوعان وهو أن ينقع الزبيب في الماء حتى

والكل حرام إذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة وإن اشتد إذا شرب ما لا يسكر بلا لهو وطرب والخليطان وينبذ العسل والتين والبر والشعير والمثلث وحل

خرجت حلاوته إلى الماء ثم اشتد وغلا وقذف بالزبد، والثاني وهو النيء من ماء العنب إذا طبخ أدنى طبخة وغلا واشتد. وفي الخانية: نقيع الزبيب ما دام حلواً يحل شربه، وإن غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم قليله وكثيره وهو قول محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وفي السراجية: وإذا أراد الرجل يشرب النبيذ أو يشرب السكر فأول قدح منه حرام والنفوذ حرام والمشي إليه حرام. قال رحمه الله: **(والكل حرام إذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر)** وقد بينا أحكامها فيما تقدم. قال رحمه الله: **(والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة وإن اشتد إذا شرب ما لا يسكر بلا لهو وطرب)** يعني هذيان وهذا المعنى ما رواه مسلم نهى رسول الله ﷺ عن التمر والزبيب أن يخلط بينهما ما في الانتباذ الحديث إلى أن قال: من شربه منكم فليشربه زبيباً أو تمراً فرداً أو بسراً فرداً وهذا محمول على المطبوخ منه لا غير المطبوخ منه حرام بالإجماع. قال رحمه الله: **(والخليطان)** وهو أن يجمع بين التمر والزبيب في الماء ويشرب ذلك وهو حلو يعني حلالاً لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كنا ننتبذ لرسول الله ﷺ القبضة من التمر والقبضة من الزبيب ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية وعشية فيشربه غدوة. قال رحمه الله: **(وينبذ العسل والتين والبر والشعير)** يعني هو حلال لقوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين» يعني العنب والنحل. ولا يشترط فيه الطبخ لأن قليله لا يفضي إلى كثيره كيفما كان.

قال رحمه الله: **(والمثلث)** وهذا هو الرابع وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، والقول بالحل في هذه الأربعة قول الإمام والثاني. وقال محمد: كل ما يسكر كثيره قليله حرام لقوله ﷺ «كل مسكر خمر وكل خمر حرام» رواه مسلم. فعلى قولهم لا يحد شاربه وإذا شكر منه وطلق لا يقع طلاقه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك، وعلى قول محمد لكثرة الفساد فيحد الشارب إذا سكر من هذه الأنبذة المذكورة والمتخذ من لبن الرماك لا يحل شربه. وفي الهداية: الأصح أنه يحد على قولهما إذا سكر في هذه الأنبذة المذكورة اعتباراً للخمر. وفي المجتبى: على قول محمد إذا شرب من هذه الأشربة ولم يسكر يعزر تعزيراً شديداً اهـ. المثلث إذا صب عليه الماء وطبخ فحكمه حكم المثلث لأن صب الماء فيه لا يزيده إلا ضعفاً بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى يذهب ثلثاً الكل لأن الماء يذهب أولاً للطافته أو يذهب منهما ولا يدري أيهما ذهب أكثر فيحتمل الذاهب من العصير أقل من ثلثه. ولو طبخ العنب قبل العصير اكتفى بأدنى طبخة في رواية عن الإمام، وفي رواية لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لأن العصير موجد فيه من غير تعمير فصار كما

الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير وخل الخمر سواء خللت أو تخللت وكره

لو طبخ فيه بعد العصير. لو جمع بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لأن التمر والزبيب وإن كان يكتفي فيه بأدنى طبخه فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً للحرمة. وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا، ولو طبخ نقيع التمر أو نقيع الزبيب أدنى طبخة ثم نقع فيه تمراً أو زبيباً إن كان ما نقع فيه شيئاً ما يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله فلا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما إذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لأن التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في دريئه. ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لأن الحرمة قد تقرر فلا ترتفع بالطبخ. وفي الظهيرية: الفضيخ الشراب المتخذ من التمر فإذا أفضخ التمر وقذف ثم ينقع في الماء حتى تخرج حلاوته ثم يترك حتى يشتد فإذا اشتد حرم. وفي التهذيب عن الثاني والثالث: البسر المذنب إذا طبخ أدنى طبخة فإذا حلي يحل شربه بلا خلاف. فإذا اشتد فحكمه كالمثلث. وفي الجامع: السكران الذي يحد هو الذي لا يعقل مطلقاً قليلاً كان أو كثيراً ولا يعرف الرجل من المرأة ولا الأرض من السماء عند الإمام، وفي شربه الأصل إذا ذهب عقله وكان كلامه مخبطاً يعتبر الغالب، وإن كان النصف مستقيماً والنصف غير مستقيم لا يقام عليه الحد. وفي القدوري: إذا غلب عليه الماء حتى زال طعمها وريحها فلا حد في شربها. وفيه أيضاً عن الثاني: إذا بل في الخمر خبزاً فأكل الخبز إذا كان الطعم يوجد حد، وإن كان لا يرى أثرها في الخبز لا، وإذا شرب الخمر لضرورة مخافة العطش فشرب مقدار ما يرويه فسكر فلا حد، وإن ادعى الإكراه لم يصدق لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالبينة اهـ. تصرفات السكران كلها نافذة إلا الردة والإقرار بالحدود الخالصة اهـ. قال رحمه الله: **(وحل الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير)** لقوله عليه الصلاة والسلام» كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف إلا فاشربوا في كل وعاء غير أنكم لا تشربوا مسكراً«[1] رواه مسلم وأحمد وغيرهما. ولأن الظرف لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً. والدباء هو القرع والنقير هو أصل النخلة ينقر نقراً وينسج نسجاً، والمزفت وهو النقير، والحنتم الجرار الخضر. قيل الحنتم الجرار الحمر. ثم إن انتبذ في هذه الأوعية قبل استعمالها في الخمر فلا إشكال في حله وطهارته، وإن استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر؛ إن كان الوعاء عتيقاً يطهر بغسله ثلاث مرات، وإن كان جديداً لا يطهر عند محمد، وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة بعد مرة أخرى حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير لنا أو

---

(١) رواه مسلم في كتاب الأضاحي حديث ٣٧. النسائي في كتاب الإيمان باب ١٠٠. أحمد في مسنده (٣/ ٢٣٧) (٤/ ٤٠٢).

شرب دردي الخمر والامتشاط به ولا يحد شاربه إلا إذا سكر.

طعاماً أو ريحاً حكم بطهارته اهـ. قال رحمه الله: **(وخل الخمر سواء خللت أو تخللت)** يعني خل الخمر فلا فرق في ذلك بين أن يتخلل بنفسه أو تخلل بإلقاء شيء فيه كالملح أو الخل أو النقل من الظل إلى الشمس أو بإيقاد النار بالقرب منها خلافاً للشافعي إذا تخللت بالقاء شيء فيها كالملح. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «نعم إلا دم الخل»[٢] مطلقاً فيتناول جميع صورها ولأن بالتخليل إزالة الوصف المفسد وثبات صفة الصلاح كالذبائح فالتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير جلالاً ثم فعل ذلك غير حكمه من الحرمة إلى الحل ومن النجاسة إلى الطهارة ألا ترى أن ظرفها كان طاهراً تنجس بها فإذا طهر بالتخليل طهر جميع أجزائه وأجزاء إنائه هو الصحيح. وقيل: لا يطهر لأنه تنجس بإهانة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى على ما كان. ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة، وكذا إذا صب منه الخمر ثم مليء خلاً يطهر في الحال. وفي المحيط: ولو كان الخل فيه حموضة غالبة وطعم المرارة فإنه لا يحل ما لم تزل من كل وجه، وعندهما يحل واعتبر الغالب منها. ولو صب في المرقة خمر فطبخ لم يحل لأنه تنجس قبل الطبخ فلا يحل بالطبخ ولا بحد شاربه لأنه شرب المرق النجس، ولو عجن الدقيق بالخمر صار نجساً.

قال رحمه الله: **(وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به)** لأن فيه أجزاء الخمر فكان حراما نجساً والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز أن يداوي به جرحاً ولا أن يسقي ذمياً ولا صبياً والوبال على من سقاه، وكذا لا يسقيه الدواب، وقيل لا يحمل الخمر إلى من يفسدها ويصيرها خلاً ويحمل ما يفسدها إلى الخمر كما لا يحمل الميتة إلى الكلب، وكذا الدردي في الخل فلا بأس به لأنه يصير خلاً لكنه يباح حمل الخمر إليه لا عكسه. قال رحمه الله: **(ولا يحد شاربه إلا إذا سكر)** يعين لا يحد شارب دردي الخمر إلا إذا سكر. وقال الشافعي: يحد شاربه سكر أو لم يسكر لأن الحد يجب في الخمر بشرب قطرة وفي الدردي قطرات. قلنا: وجوب الحد للزجر فيما ترغب النفس فيه وتميل إليه والنفس لا ترغب في شرب الدردي ولا تميل إليه فكان ناقصاً فأشبه غير الخمر من الأشربة فلا يحد ما لم يسكر، ودردي الخمر هو التفل. ويكره الاحتقان بالخمر واقطاره في الإحليل لأنه انتفاع بالنجس المحرم، وتقدم الكلام فيما إذا أخبر به طبيب حاذق. وفي المحيط: ولو سقى شاة خمراً لا يكره لحمها ولبنها لأن الخمر وإن كانت باقية في معدتها فلم يختلط بلحمها، وإن استحالت الخمر لحماً فيجوز كما لو استحالت خلاً إلا إذا سقاها كثيراً بحيث يؤثر في رائحتها الخمر فإنه يكره لحمها.

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الأطعمة باب ٣٩. النسائي في كتاب الأيمان باب ٢١. ابن ماجه في كتاب الأطعمة باب ٣٣.

فصل

....

فصل

في طبخ العصير: الأصل فيه أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتقد به حتى يذهب ثلثاه فيجل الثلث الباقي بعده، ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ بماء ينظر؛ إن كان الماء أسرع ذهاباً للطافته ولرقته يعتبر ذهاب ثلثيه بعد الماء الذي صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي من العصير، وإن كانا يذهبان معاً فيطبخ حتى يذهب الجميع بعد ذهاب الزبد فيحل ثلث الباقي لذهاب الثلثين وبقاء الثلث ماء وعصيراً. ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلث ثم أهرق الثلثين وبقي الثلث ماء وعصيراً ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلث ثم أهرق بعضه لا يحل الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ. وطريق معرفته أن يؤخذ ثلث الجميع فيضرب به في الباقي ثم يقسم الخارج على ما بقي بعد ذهاب ما نقص منه بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء، فما أصاب الواحد بالقسمة فذاك القدر هو الحلال ويطبخ الباقي إلى أن يبقى قدره فيحل مثاله: اثنا عشر رطلاً من العصير طبخ حتى ذهب أربعة أرطال ثم أهرق رطلين يؤخذ ثلث العصير كله وهو أربعة فيضرب فيما بقي بعد الأنصاب وهو ستة فيصير أربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل أن يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منهم ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي إلى أن يبقى قدره فيحل. وإن شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقي بعد الأنصباب فما أصاب المنصب يجعل مع المنصب كأنه لم يكن وكان جميع العصير هو الباقي، وما أصابه من الذاهب بالطبخ فقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب إلى تمام الثلثين. وإن شئت قلت إن الباقي بعد الطبخ قبل الأنصباب بعضه حلال وهو قدر ثلث المجموع، فإذا أهريق بعضه أهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقي حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال. وفي المحيط عن أبي يوسف: طبخ ثم ألقى فيه تمراً فغلى قال: ما ألقى فيه لو نبذه على حدة كان منه نبيذاً فلا خير فيه لأن هذا مطبوخ ويعتبر، وإن كان يسيراً لا ينتبذ منه لا يعتد به لأنه لا يجد فيه الشارب لانفراده، ولو صب قدح في خابية مطبوخ أفسده. وعن الإمام: إذا وضع في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فلا بأس به فهو بمنزلة طبخه بالنار، وكذا إذا ملأ الخابية بالخردل وخلط فيها العصير ومضى على ذلك مدة ولم يشتد ولم يسكر فلا بأس به في قول أصحابنا. ولو طبخ عصيراً حتى ذهب ثلثه وتكره حتى يرد ثم أعاد الطبخ حتى ذهب نصف ما بقي، فإذا أعاد الطبخ قبل أن يغلي وتغير عن حالة العصير فلا بأس به لأن الطبخ وجد قبل ثبوت الحرمة بالغليان والشدة، وإن عاد بعد أن غلى وتغير فلا خير فيه لأن طبخه وجد بعد ثبوت الحرمة فلا ينتفع به اهـ.

كتاب الصيد

هو الاصطياد ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة ولا بد من

كتاب الصيد

قال في العناية: مناسبة كتاب الصيد بكتاب الأشربة من حيث إن كل واحد من الأشربة والصيد يورث السرور إلا أنه قدم الأشربة لحرمتها اعتباراً بالاحتراز عنها اهـ. قال في المحيط: يحتاج إلى معرفة إباحة الصيد وتفسيره لغة وشرعاً وركنه وشرط إباحته ودليلها وحكم مشروعيته. أما دليل الإباحة من الكتاب قوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ [المائدة: ٩٦] ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢]وأما تفسيره لغة فالصيد هو الإصطياد ويطلق على ما يصاد مجازاً إطلاقاً لاسم المصدر على المفعول وهو المتوحش الممتنع بأصل الخلقة عن الآدمي مأكولاً كان أو غير مأكول. والذي يظهر أنه عند الفقهاء الإرسال بشروطه لأخذ ما هو مباح من الحيوان المتوحش الممتنع عن الآدمي بأصل خلقته. وأما ركنه فهو على الأخذ بشروطه. وأما شرطه المتعلق بالصيد فكون الصيد غير آمن بالإحرام والحرم وغير مملوك. وأما حكمه فصيرورة المأخوذ ملكاً للآخذ. قال رحمه الله: (**هو الاصطياد**) قال الشارح: أي الصيد هو الاصطياد في اللغة اهـ. ولا يخفى أن هذا لا يناسب أن يذكر في المتن فلا ينبغي أن يذكرها. قال رحمه الله: (**ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة**) يعني يحل الاصطياد بهذه الأشياء وبغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر. وفي الجامع الصغير: وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته فتذكيه. قال في العناية: وإنما أورد هذه الرواية لأن رواية القدوري تدل على الإثبات والنفي جميعاً اهـ. واعترض بأنهم قد صرحوا في النهاية وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذكر في الرواية يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق، فرواية القدوري تدل على إثبات الصيد بما ذكرنا ونفي جوازه بما سواه فلم يتم ما ذكره، والأصل فيه قوله تعالى ﴿أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح﴾ [المائدة: ٤] والجوارح

التعليم وإذا ترك الأكل ثلاثاً في الكلب وبالرجوع إذا دعوته في البازي ولا بد من

الكواسب والجرح الكسب. وقيل هي أن تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة. ومعنى مكلبين معلمين الاصطياد ولأنه اجتمع في الحيوان الصائد ما يوجب أن يكون آلة للذبح وهو كونه جارحاً قاطعاً بطبعه غير عاقل كالسكين وما يمنع أن يكون آلة للذبح وهو كونه مختاراً في فعله كالآدمي. والشرع جعل التعليم فيه بترك الأكل فيجري على موجب اختيار صاحبه فيعمل له لا لنفسه فيصير آلة محضة لصاحبه كالسكين. واسم الكلب يقع على كل سبع حتى الأسد، واستثنى الثاني من الجواز اصطياد السبع والدب لأنهما لا يعملان لغيرهما؛ الأسد لعلو همته والدب لخساسته؛ كذا في الهداية. وذكر في النهاية الذئب بدل الدب ولأن التعلم يعرف بترك الأكل وهما لا يأكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الأكل على التعليم حتى لو تصور التعليم منهما وعرف ذلك جاز؛ ذكره في النهاية. وألحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها. والخنزير مستثنى من ذلك لأنه نجس العين. وفي المحيط قالوا: لا يجوز الاصطياد بالأسد والذئب لأن الأسد لا يعمل لغيره وإنما يعمل لنفسه، والذئب مثله أيضاً. قال في الخلاصة: وإنما يحل الصيد بخمسة عشر شرطاً؛ خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة، وأن يوجد منه الإرسال ولا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده. وأن لا يترك التسمية عمداً، ولا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل. وخمسة في الكلب منها أن يكون معلماً، وأن يذهب على سنن الإرسال، وأن لا يشاركه في الأخذ من لا يحل صيده، وأن يقتله جرحاً، وأن لا يأكل منه. وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقوياً بأنيابه أو بمخلبه، وأن لا يكون من الحشرات، وأن لا يكون من بنات الماء سوى السمك، وأن يمنع نفسه بجناحة أو مخلبه، وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه اهـ. وذكر صاحب النهاية والعناية وغاية البيان نقلاً عن الخلاصة واعترض بأن قوله «وأن يموت قبل أن يصل إلى ذبحه» مستدرك بعد قوله «وأن يقتله جرحاً». وأجيب بأن لا استدراك لأن الشرط الذي أريد بقوله «وأن يقتله جرحاً» ليس مجرد قتله بل قتله جرحاً والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقاً. والشرط الذي أريد بقوله «وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه» لجواز أن يقتله الكلب جرحاً بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه فحينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضاً على الاستقلال. قال صاحب العناية: فيما نقله صاحب الخلاصة تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لا غيره على أنه لو انتقى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل غيره لكن أدركه حياً فذبحه، وكذا لو لم يمت بهذا لكن ذبحه فإنه صيد وهو حلال اهـ. وأجيب بأن هذه الشروط في الصيد المحض وهو الذي لم يدركه حياً، أما الذي أدركه فذكاه بالذكاة الاختيارية فليس صيداً محضاً بل يلحق به اهـ. والمراد بقول صاحب العناية شرط الاصطياد أي حال الاصطياد وفي التعبير بما يدل على ظهور المراد لا يبالي بمثله. قال رحمه الله: (ولا

التسمية عند الإرسال ومن الجرح في أيَ موضع كان من أعضائه فإن أكل منه البازي

بد من التعليم) لقوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن﴾ [المائدة: ٤] ولقوله عليه الصلاة والسلام لأبي ثعلبة: ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل. رواه البخاري ومسلم وأحمد. ولذا لا بد أن يكون المرسل أهلاً للذكاة بأن يكون مسلماً أو كتابياً ويعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا في الذبائح.

قال رحمه الله: **(وإذا ترك الأكل ثلاثاً في الكلب وبالرجوع إذا دعوته في البازي)** أي التعليم في الكلب يكون بترك الأكل ثلاث مرات، وفي البازي في الرجوع إذا دعي. روي ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما. ولأن بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الأكل وبدن البازي لا يحتمل الضرب فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفي بغيره مما يدل على التعليم، ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفة عادة وعادة البازي التوحش والاستنفاد وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لائتلافه بالناس، فإذا ترك كل واحد منهما مألوفة دل على تعليمه وانتهاء علمه. وهذا الفرق لا يتأتى إلا في الكلب خاصة لأنه هو الألوف دون غيره من ذوات الأنياب فإنها ليست بألوفة. والفرق الأول يتأتى في الكل لأن بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب فأمكن تعليمه بالضرب إلى أن يترك الأكل. قال صاحب النهاية: وهذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالباز. ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الأول؛ كذا في المبسوط. وأجيب بأن الكلب في اللغة يقع على كل سبع، وليس المراد مما ذكره المؤلف الكلب المعهود بل الكلب بالمعنى اللغوي فلهذا استووا فيما يقع به التعليم وإنما شرط ترك الأكل ثلاث مرات وهو قولهما ورواية عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لأن علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان هو مدة ضربت لذلك كما في قصة السيد موسى وكما في شرط الخيار، وكذا قال ﷺ: «إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع». وعن الإمام أنه لم يثبت التعليم ما لم يغلب على ظنه أنه قد تعلم ولا يقدر بشيء لأن المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد لا نص هنا فيفوض إلى رأي المبتلي كما هو عادته. ثم إذا ترك الأكل ثلاثاً لا يحل الأول ولا الثاني على قول من قال بالثلاث، وكذا الثالث عندهما لأنه لا يصير معلماً إلا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم. قال رحمه الله: **(ولا بد من التسمية عند الإرسال ومن الجرح في أي موضع كان من أعضائه)** أما التسمية لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١]ولقوله ﷺ: «فإذا ذكرت الله تعالى عليه وجرح فكل» وأطلق في قوله «ولا بد من التسمية» فشمل ما إذا كان المرمى إليه يحتاج إلى التسمية أو لا كالسمك، وقد شرط في الأول دون الثاني حتى لو رمى إلى السمك وترك التسمية عمداً فأصاب يحل أكله، فلو قال في صيد البر لكان أولى وسيأتي عن قاضيخان. ولا

أكل وإن أكل منه الكلب أو الفهد لا وإن أدركه حياً ذكاه وإن لم يذكه حتى مات أو

بد أن يكون المسمى يعقل التسمية فلا يؤكل صيد ومجنون إذا كانا لا يعقلان التسمية، أما إذا كانا يعقلانها أكل. ويؤكل صيد الأخرس والكتابي لأن الملة تكفي عن التلفظ عند العجز. ولو سمى النصراني باسم المسيح لم يؤكل، والصابئة إن أقروا بكتابي وإن يؤكل صيدهم وإلا فلا. وظاهر عبارة المؤلف الاكتفاء بالجرح سالماً أولاً لكن قال في المحيط: إن جرحه لم يدمه اختلفوا فيه، قيل لا يحل، وقيل يحل، وقيل إن كانت الجراحة صغيرة لا يحل إذا لم يرم وإن كانت كبيرة يحل. وأما الجرح فالمذكور هنا ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يشترط؛ رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] مطلقاً من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ ما عرف في موضعه، وكذا ما روينا من حديث عدي وثعلبة يدل على ذلك لأنه مطلق فيجري على إطلاقه وإلا لزم نسخة بالرأي وهو لا يجوز. الظاهر قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ وهو يشير إلى ما قلنا ولأن المقصود إخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة ولا يختلف عنه إلا نادراً فأقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم، ولأنه إذا لم يجرحه صار موقوذه وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق، وكذا ما روي فحملناه على المفيد لاتحاد الواقعة. وإنما لم يحمل المطلق على المقيد فيما إذا اختلفت الحوادث أو كان التقييد والإطلاق من جهة السبب، وأما إذا كان من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحمل عليه. ولو سمى حالة الإرسال فقتل الكل حلت، ولو قتل الكل واحداً بعد واحد حل بخلاف ما إذا ذبح شاتين بتسمية فإنه لا يحل. والفرق أن الحل في باب الصيد يحصل بالإرسال فتشترط التسمية وقت الإرسال والإرسال وجد وقت تسمية واحدة كما لو رمى سهماً إلى صيد فنفذ وأصاب صيداً آخر بخلاف ما لو ذبح شاة أخرى لأن الثانية صارت مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى، ولو اضجع شاتين وذبحها بتسمية واحدة حلا.

قال رحمه الله: **(فإن أكل منه البازي أكل وإن أكل منه الكلب أو الفهد لا)** وقال مالك والشافعي في القديم: يؤكل وإن أكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمر أن ثعلبة قال: يا رسول الله إن لي كلاباً مكلبة فأفتني في صيدها فقال: إن كانت لك كلاب مكلبة فكل ما أمسكت عليك الحديث. إلى أن قال للنبي ﷺ: وإن أكل منه؟ قال عليه الصلاة والسلام: وإن أكل منه. وفعل الكلب إنما صار ذكاة لعلمه وبالأكل لا يعود جاهلاً فصار كالبازي. ولنا ما روينا من حديث عمر بن عدي وقوله تعالى: ﴿وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة: ٣] وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى فكل ما أمسكن عليك إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه» رواه البخاري ومسلم. وعن ابن عباس أنه قال قال رسول الله ﷺ «إذا أرسلت

. . . .

كلبك المعلم فأكل من الصيد فلا تأكل وإنما أمسكه على نفسه، وإذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل فإنما أمسك على صاحبه» رواه أحمد. ومرويهما غريب فلا يعارض الصحيح المشهور، ولئن صح فالمحرم أولى على ما عرف في موضعه. والفرق بين البازي والكلب قد بيناه. ولو صاد الكلب صيوداً ولم يأكل منها شيئاً ثم أكل من صيد بعد ذلك لا يؤكل من الذي أكل منه لأن أكله علامة جهله، ولا مما يصيده بعده حتى يصير معلماً على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء. وأما الصيود التي أخذها من قبل فيما أكل منه لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد تثبت الحرمة بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يحرم لأن الأكل لا يدل على جهله لأن الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فيأكل مع علمه، ولأن ما أحرزه قد أمضى الحكم فيه الاجتهاد فلا يتنقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأول بخلاف غير المحرز لأن المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية فيه من وجه لعدم الاحتراز فيحرم احتياطاً. ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن أكله آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لا ينسى أصلها فبالأكل تبين أن تركه الأكل كان بسبب الشبع لا للتعلم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأن المقصود يحصل بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء، ولأن علمه لا يثبت إلا ظاهراً فبقي جهله موهوماً والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطاً ما أمكن والإمكان في حق القائم جميعاً دون الفائت. قال بعض المشايخ: إنما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان العهد قريباً، أما إذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهراً وأكثر وصاحبه قدر تلك الصيود لا نحرم تلك الصيود في قولهم جميعاً لأن المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم أنه لم يكن معلماً في الماضي من الزمان، وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلماً حين اصطياد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود. وقال شمس الأئمة السرخسي: الصحيح أن الخلاف في الفصلين، ولو أن صقراً فر من صاحبه فمكث حيناً ثم رجع إلى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به معلماً فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد فيبقى حكمه كحكم الكلب فيما ذكرنا. ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيئاً أكل لأنه ممسك عليه، وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له. ولو أخذ الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه أمسك على صاحبه وسلمه إليه وأكله بعد ذلك مما ألقى إليه صاحبه لا يضره لأنه لم يأكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً آخر. وكذا إذا خطف الكلب منه وأكله لأنه لم يأكل من الصيد إذ لم يبق صيداً في هذه الحالة والشرط ترك الأكل من الصيد وقد وجد فصار كما إذا افترس شاة بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية وسيأتي الفرق فيه. ولو نهش الصيد فقطع منه

بعضه فأكلها ثم أدرك الصيد فقتلته ولم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد، ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب إلى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد، لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فتبين بهذا أنه جاهل ممسك على نفسه، ولأن نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حالة الاصطياد ليضعفه بالقطع منه ليتمكن منه، فإن أكلها قبل الأخذ يدل على الوجه الأول، وبعده على الوجه الثاني.

وفي الهداية: ولو أخذ المرسل الصيد ووثب الكلب على الصيد فأخذ من الصيد وأكل يؤكل الصيد لأنه ما أكل من الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد قال في النهاية: وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا أكل منه بعد ما قتله فإن يحرم لأن الصيد كما خرج من الصيدية بإذن صاحبه جاز أن يخرج عن الصيدية بقتله. وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل على أنه ممسك على صاحبه وانتهاشه منه يدل على جهله، وأما إذا أكل بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه دل على أنه ممسك على نفسه فدل على جهله فلهذا حرم. واعترض أيضاً بأن عبارة المؤلف شاملة للصورتين فيما إذا وجد افتراقه في الحكم واجيب بما تقدم. وفي المحيط: وإن قتله فأخذه صاحبه ثم وثب عليه فأنهش منه قطعة أو رمى صاحبه بها إليه يؤكل الصيد، ولو أكل قبل أن يأخذه صاحبه يكره أكله اهـ. ثم الإرسال على أقسام: الاول يجب أن يكون الإرسال على صيد ولو أرسل على ما ليس بصيد من الإبل والبقر والغنم والأهل فأصاب صيداً لا يحل أكله لأن الإرسال على ما ليس بصيد لا يكون ذكاة شرعاً، ولو سمع حساً وظنه صيداً فأرسل كلبه فأصاب صيداً ثم تبين أن المسموع حس آدمي أو ما ليس بصيد لم يؤكل، وكذا لو سمع حساً ولم يعلم أنه حس صيد أو غيره. ولو ظنه حس صيد غير مأكول أو مأكولاً فأصاب صيداً آخر يحل أكله، فلو أرسل كلبه على صيد بعينه وهو غير مأكول فأصاب غيره يحل أكله لأن تعيين الصيد غير معتبر في الإرسال. ولو سمع حساً فظن أنه حس آدمي فأرسل كلبه فإذا هو صيد يحل أكله لأن تعيين الصيد غير معتبر. وفي المنتقى: ولو رمى ظبياً أو طيراً فأصاب غيره وذهب المرمى إليه ولم يعلم أنه متوحش أو مستأنس أكل الصيد لأن الأصل في الصيد التوحش فتمسكوا بالأصل. وقال محمد: لو ظن حين رآه أنه صيد ثم تحول رأيه أنه ليس بصيد يحل الصيد لأن الأول عندنا صيد بحكم الأصل حتى يعلم أنه غير صيد، ولو رمى إلى بعير ناد أو غير ناد لم يؤكل حتى يعلم أنه ناد لأن الأصل في البعير الألفة والاستئناس. ولو رمى إلى ظبي مربوط وظن أنه صيد فأصاب ظبياً آخر لم يؤكل، وكذا لو أرسل كلبه على صيد موثق في يده فصادف غيره لم يؤكل، ولو أرسل فهذا على فيل وأصاب ظبياً لم يؤكل، ولو رمى سمكاً أو جراداً سمكاً فأصاب صيداً فعن أبي يوسف في رواية لا يؤكل لأن السمك والجراد لا تقع عليه الذكاة، وفي رواية يؤكل لأن

خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم وإن أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي قوله: فانزجر حل ولو

المرمى إليه صيد. والقسم الثاني أن يكون فور الإرسال باقياً كما سيأتي. ومن شرائط الإرسال أن لا يوجد بعد الإرسال بول ولا أكل فإن وجد وطال قطع الإرسال حتى لو قتلته لا يحل أكله. وفي الروضة: ولو حبس الكلب على صدر الصيد طويلاً ثم أمر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل لأنه انقطع فور الإرسال. وفي الغياثية: ولو أرسل كلبين فأخذه أحدهما وقتله الآخر يحل أكله. والقسم الثالث أن يلحقه المرسل أو من يقوم مقامة قبل انقطاع الكلب كما سيأتي. قال رحمه الله: **(وإن أدركه حياً ذكاه)** لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي «إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى عليه فإن أمسك عليك وأدركته حياً فاذبحه»[1] رواه البخاري ومسلم. ولأنه قدر على هذا الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذا المقصود هو الحل والباز والسهم في هذا كالكلب. وفي المحيط: فإذا أدركه حياً لم يحل إلا بالذبح قدر على الذكاة أو لم يقدر لفقد الآلة وضيق الوقت بأن كان في آخر الرمق. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف إذا لم يقدر على التمكن كما ذكرنا يحل وهو اختيار لبعض المشايخ لأنه إذا لم يتمكن لم يقدر على الأصل. وذكر الكرخي في مختصره لو أدركه ولم يأخذه فإن كان في وقت أمكنه ذبحه لم يؤكل، وإن كان لا يمكنه ذبحه بعد أخذه أكل لأن اليد لم تثبت على الذبح والتمكن من الذبح لم يوجد والله أعلم وسيأتي بيانه.

قال رحمه الله: **(وإن لم يذكه حتى مات أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم)** وأما إذا لم يذكه فلأنه لما أدركه حيناً صار ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا وبينا من المعنى فبتركه يصير ميتة، وهذا إذا تمكن من ذبحه، أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بأن يقد بطنه ونحو ذلك ولم يبق إلا مضطرباً اضطراب المذبوح فحلال لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتاً حكماً ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما إذا وقع بعد موته لأن موته لا يضاف إليه والميت ليس محلاً للذكاة. وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالإجماع، وقيل هذا قولهما. وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل إلا إذا ذكاه بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده، وعندهما غير معتبرة حتى حلت المتردية والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة إذا كان فيها حياة وإن كانت خفية عنده، وعندهما لا تحل إلا إذا كانت حياتها بينة وذلك بأن تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد، وعند أبي

---

(١) رواه البخاري في كتاب الذبائح باب ٢، ٣، ٧ـ ١٠. مسلم في كتاب الصيد حديث ١ـ ٣. أبو داود في كتاب الأضاحي باب ٢٢. الترمذي في كتاب الصيد باب ١، ٦.

....

يوسف رحمه الله تعالى أن تكون بحال يعيش مثلها فيكون موتها مضافاً إلى الذكاة والسهم مثله. وإن كان فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح فكذلك في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه يقدر الأصل فصار كالمتيمم إذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله، ولا يؤكل في ظاهر الرواية لأنه قادر حكماً لثبوت يده عليه وهو قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن اعتبار الذبح بعينه حقيقة لأن الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح ولا يمكن ضبطه فأدير الحكم على ثبوت اليد لأنه هو المشاهد المعاين فلا يحل الأكل إلا بالذكاة، سواء كانت حياته خفية أو بينة لجرح المعلم أو غيره من السباع وعليه الفتوى لقوله تعالى: ﴿وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾[المائدة: ٣] استثناه مطلقاً من غير تفصيل فيتناول كل حي مطلقاً. وكذا قوله عليه الصلاة والسلام لعدي «فإذا أمسك عليك فأدركته حياً فاذبحه» مطلق فيتناول كل حي مطلقاً، والحديث صحيح رواه البخاري ومسلم وأحمد. وفصل الشافعي رحمه الله تعالى تفصيلاً آخر غير ما ذكرنا فقال: إن لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لأن التقصير من جهته، وإن كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير، والحجة عليه ما تلونا وما روينا. وأما إذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بينا عند قوله لا بد من التعليم والتسمية والجرح، وذكرنا اختلاف الرواية. والكسر كالخنق حتى لا يعتد به لأنه لا يفضي إلى خروج الدم. وأما إذا شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه عمداً فلما روينا عن عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه أنه قال قلت: يا رسول الله إني أرسل كلبي فأسمي قال: إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل، لا تأكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه قلت: إني أرسل كلبي فأجد معه كلباً آخر غيره لا أدري أيهما أخذ فقال: لا تأكل فإنما سميت على كلبك. فإن وجدت مع كلبك كلباً غيره وقد قتل فلاناً كل لأنك لا تدري أيهما قتله. رواهما البخاري ومسلم وأحمد رحمهم الله تعالى. وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعي في قوله القديم لأنه لا يحرم بأكل الكلب الصيد وعلى الشافعي في متروك التسمية عمداً أيضاً ولأنه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال» وإن الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك. ولو رده عليه الكلب ولم يجرحه معه ومات بجرحه الأول يكره أكله لوجود المعاونة في الأخذ وفقدها في الجرح. ثم قيل: الكراهة كراهة تنزيه لأن الأول لما انفرد بالجرح والأخذ غلب جانب الحل فصار حلالاً وأوجب إعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة. وقيل: كراهة تحريم وهو اختيار الحلواني لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما إذا رده عليه المجوسي نفسه حيث لا يحرم ولا يكره لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلم

أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل

تتحقق المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه لكن اشتد على الأول فاشتد الأول على الصيد بسببه فأخذه فقتله فلا بأس بأكله لأن فعل الثاني أثر في الكلب الأول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر في الصيد فكان تبعا لفعله لأنه بناه عليه فلا يضاف الحكم إلى التبع بخلاف ما إذا رده عليه لأنه لم يصير تبعا فيضاف إليهما. ولو رده سبع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فهو كما لو رده عليه الكلب فيما ذكرنا لوجود المجانسة في الفعل بخلاف ما إذا رده عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر. والبازي في ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الأحكام. وفي الفتاوى العتابية: حلال رمى صيدا فأصابه في الحل ومات في الحرم أو رماه في الحرم وأصابه في الحل ومات في الحل لا يحل وعليه الجزاء في الوجه الثاني دون الأول، وكذا إذا أرسل كلبه في الحرم وقتله خارج الحرم لا يحل وعليه الجزاء. وفي الذخيرة: يجب أن يعلم من رمى سهماً إلى صيد أن العبرة في حق الملك لوقت الإصابة وفي حق الأكل لوقت الرمي؛ هذا هو المذكورة في عامة الكتب ولهذا قلنا: المسلم إذا رمى سهماً إلى صيد ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم أصابه السهم حل تناوله والمرتد إذا رمى إلى صيد أسلم ثم أصابه لا يحل تناوله.

قال رحمه الله: (**وإن أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي قوله: فانزجر حل ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم**) والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه وبالانزجار يحصل زيادة الطلب للصيد؛ كذا في الهداية. وأطلق في قوله «فزجره مجوسي إلى آخر» فشمل ما إذا زجره في حال طلبه أو بعد وقوفه فانزجر والمراد الأول. وذكر شمس الأئمة في شرح كتاب الصيد فيما إذا أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي إنما يحل إذا زجره المجوسي في ذهابه، أما إذا وقف الكلب عن سنن الإرسال ثم زجره مجوسي بعد ذلك فانزجر لا يؤكل. والفرق أن إرسال المسلم قد صح وصحيحه المجوسي لا تفسده لأنه تقوية للإرسال وتحريض للكلب وليس بابتداء إرسال منه فلا ينقطع الإرسال بالزجر فبقي صحيحاً، فأما الإرسال من المجوسي فإنه وقع فاسداً فلا ينقلب صحيحاً بالزجر، وكذا إذا أرسل وترك التسمية عمداً فزجره مسلم وسمى لم يحل. ولو وجدت التسمية من المرسل فزجره من لم يسم حل، وكذا المسلم إذا ذبح فأمر المجوسي السكين بعد الذبح لم يحرم، ولو ذبح المجوسي وأمر المسلم بعده لم يحل لما ذكرنا أن أصل الفعل متى وقع صحيحاً لا ينقلب فاسداً ومتى وقع فاسداً لا ينقلب صحيحاً، وكذا محرم دل حلالاً على الصيد فقتله يحل له؛ نص عليه في الزيادات لأن ذبحه حصل بفعل الحلال لا بدلالة المحرم. ونص في المنتقى عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أنه لا يحل لحديث قتادة حين قال رسول الله صلى ﷺ: هل أعنتم؟ هل أشرتم؟ فقالوا: لا. فقال: إذن فكلوا. علق الإباحة بعدم الإعانة وفي الدلالة نوع إعانة. ولو أرسل مسلم كلبه

. . . .

فرد عليه الصيد كلب غير معلم أو معلم لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه وأخذه الأول وقتله لم يؤكل، وقدمنا ما فيه من الخلاف. ولو لم يرد عليه ولكن اشتد عليه بأن كان يتبع أثر المرسل حتى قتله الأول حل أكله لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل لا في الصيد فصار فعله تبعاً لفعل المرسل فإنضاف الأخذ إلى المرسل لا إلى المحرض والمشد بخلاف ما لو رده عليه لأن فعله أثر في الصيد لا في الكلب فصار الأخذ مضافاً إليهما. مجوسي أرسل ثم أسلم فاصطاد كلبه لم يؤكل، وكذلك لو زجره بعد الإسلام فانزجر لزجره، ولو كان مسلماً حالة الإرسال فصار مرتداً حالة الأخذ يحل لأن المعتبر وقت الإرسال والرمي لا حالة الأخذ لأن الإرسال والرمي فعل الذكاة بمنزله الذبح فيعتبر إسلامه وتمجسه وردته عند الذبح لا عند زهوق الروح فكذا هنا يعتبر إسلامه وكفره وقت الإرسال والرمي لا بعده. وفي النوادر: ولو ضرب الكلب الصيد فرقده ثم ضربه ثانية فقتله أكل. وكذا لو أرسل كلبين فضر به أحدهما فرقده ثم ضربه الآخر فقتله أكل، وكذا لو أرسل رجلان كل واحد كلبه فرقده أحدهما وقتله الآخر فإنه يؤكل والصيد لصاحب الأول لأن جرح الكلب بعد الجرح فصار كأن القتل حصل بفعل واحد إلا أن الأول لما أخرجه من أن يكون صيداً صار ملكاً لصاحبه فلا يزيل ملكه الثاني. وفي الأصل: ومن شرائط الإرسال أن يكون المرسل محرماً وأن لا يموت في الحرم حتى لا يجوز أكل صيد الحرم ولا ما اصطاده الحلال في الحرم وذكر زجر المجوسي ليفيد زجر المحرم لأنه أولى. قال في الذخيرة: الحلال إذا أرسل كلبه على الصيد فزجره المحرم فانزجر حل أكله. وفي السراجية: إن على المحرم الجزاء والله أعلم. قال رحمه الله: **(وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل)** وهذا استحسان. والقياس أن لا يحل لأن الإرسال جعل ذكاة عند الاضطرار للضرورة فإذا لم يوجد الإرسال انعدم الذكاة حقيقة وحكماً ولا يحل والزجر بناء عليه ولا يعتبر على ما بينا. ووجه الاستحسان أن الزجر عند عدم الإرسال يجعل إرسالاً لأن انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل إذ ليس في اعتباره إبطال السبب بخلاف الفصل الأول، ولا يقال الزجر دون الانفلات لأنه بناء عليه فلا يرتفع الانفلات فصار مثل الفصل الأول. والجامع أن الزاجر فيهما بناء على الأول لأنا نقول: الزجر إن كان دون الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث إنه فعل المكلف واستويا فنسخ الانفلات لأن آخر المثلين يصح ناسخاً للأول كما في نسخ الأحكام بخلاف الفصل الأول لأن الزجر لا ينافي الإرسال بوجه من الوجوه لأن كل واحد منهما فعل المكلف، والزجر بناء على الإرسال فكان دونه من كل وجه فلا يرتفع به، والبازي كالكلب فيما ذكرنا. ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فأخذ غيره وهو على سننه حل. وقال مالك رحمه الله تعالى: لا يحل أخذه بغير إرسال إذا الإرسال يختص بالمشار والتسمية وقعت عليه فلا تتحول إلى غيره فصار كما

وإن رمى وسمى وجرح أكل وإن أدركه حياً ذكاه وإن لم يذكه حرم وإن وقع سهم

لو أضجع شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها بتلك التسمية.

وقال ابن أبي ليلى: يتعين الصيد بالتعيين مثل قول مالك حتى لا يحل غيره بذلك الإرسال. ولو أرسل من غير تعيين يحل ما أصابه خلافاً لمالك، وهذا البناء على أن التعيين شرط عند مالك، وعنده ليس بشرط ولكن إذا عين يتعين، وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين لأن شرط ما يقدر عليه المكلف أن لا يكلف ما لا يقدر عليه والذي في وسعه إيجاد الإرسال دون التعيين لأنه لا يمكنه أن يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ إلا ما عينه له، ولأن التعيين غير مفيد في حقه ولا في الكلب فإن الصيود كلها فيما يرجع إلى مقصوده سواء، وكذا في حق الكلب لأن قصده أخذ كل صيد تمكن من صيده بخلاف ما استشهد به مالك لأن التعيين في الشاة ممكن، وكذا غرضه متعلق بمعين فتتعلق التسمية هنا بالضجع بالذبح وفيما نحن فيه بالآلة. ومن أرسل فهداً فكمن حتى يتمكن من الصيد ثم أخذ الصيد فقتله لأن ذلك عادة له يحتال لأخذه لاستراحته فلا ينقطع به فور الإرسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعد ذلك منه في الخصال الحميدة. قال الحلواني: للفهد خصال حميدة فينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه منها: أن يكمن للصيد حتى يتمكن منه وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يتمكن منه فيحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه. ومنها أنه لا يعد وخلف صاحبه حتى يريه خلفه وهو يقول هو المحتاج إلي فلا أذل وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره. ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره. ومنها أن لا يتناول الخبيث من اللحم وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب. ومنها أن يثب أثلاثاً أو خمساً فإن لم يتمكن من أخذه تركه ويقول لا أقتل نفسه فيما أعمل لغيري وهكذا ينبغي للعاقل. وكذا الكلب إذا اعتاد الاختفاء لا ينقطع فور الإرسال لما بينا في الفهد وينقطع الإرسال بمكثه طويلاً إذا لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما هو استراحة بخلاف ما تقدم. ولو أرسل بازه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله يؤكل إذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة وإنما مكث ساعة طويلة للتمكن، ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله إنسان أو لا يؤكل لوقوع الشك في الإرسال ولا تثبت الإباحة بدونه، ولكن إن كان مرسلاً فهو مال الغير فلا يجوز تناوله إلا بإذن صاحبه.

قال رحمه الله: **(وإن رمى وسمى وجرح أكل)** لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية فتقديم الأول ظاهر يعني إذا رمى آلة جارحة وسمى إلى صيد فأصابه وجرحه يؤكل إذا جرح لقوله ﷺ لعدي بن حاتم «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى

....

عليه فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء فإنه لا تدري الماء قتله أو سهمك»[١] رواه البخاري ومسلم وأحمد رحمهم الله تعالى. وشرط لما روي عن ابراهيم عن عدي بن حاتم قال قال رسول الله ﷺ «إذا رميت فسميت فجرحت فكل وإن لم تخرق فلا تأكل من المعراض إلا ما ذكيت، ولا تأكل من البندقة إلا ما ذكيت»[٢] رواه أحمد. ولا فرق في ذلك بين أن يصيب المرمى بنفسه أو غيره من الصيد كما في إرسال الكلب على ما بينا. وفي إطلاق قوله في المختصر «فإن رمى وسمى وجرح أكل» إشارة إليه حيث لم يعين المرمى ولا المصاب حتى يدخل تحته ما إذا سمع حساً وظنه صيداً فرماه فأصاب صيداً غير ما سمع حسه ثم تبين أنه حس صيد يحل أكله، سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولاً أو غيره بعد أن كان المصاب مأكولاً لأنه وقع اصطياداً مع قصده ذلك. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه خص من ذلك الخنزير لغلظ حرمته ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف السباع لأنه يورث في جلده. وزفر رحمه الله تعالى خص منها ما لا يؤكل لحمه لأن الاصطياد لا يفيد الإباحة فيه. ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فيكون داخلاً تحت قوله تعالى ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢] فكان اصطياده مباحاً وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبلها لحماً أو جلداً، وقد لا تثبت بالكلية إذا لم يقبلها المحل، وإذا وقع اصطياداً صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره وأن تبين أنه حس جراد أو سمك ذكر في النهاية معزياً إلى المغني أن المصاب لا يؤكل لأن الذكاة لا تقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة، وأورد على صاحب الهداية أنه حس صيد يحتاج في حل أكله إلى الذبح أو الجرح.

وقال صاحب الهداية في آخر هذه المسألة: ولو رمى إلى سمك أو جراد وأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف لأنه صيد، وفي رواية أخرى عنه أنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما فكان يمكنه أن يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل فلا يرد عليه ما أورده، ولا يحتاج إلى زيادة ذلك القيد الذي ذكره. وفي فتاوى قاضيخان: لو رمى إلى جراد أو سمك وترك التسمية فأصاب طائراً أو صيداً آخر فقتله حل أكله، وعن أبي يوسف روايتان، والصحيح أنه يؤكل وهذا أوضح من الكل فلا يرد عليه أصلاً. وإن تبين أن المسموع حسه آدمي أو حيوان أهلي أو ظبي مستأنس أو موثق لا يحل المصاب لأن الفعل لم يقع اصطياداً ولا يقوم مقام الذكاة. ولو رمى إلى الطائر فأصاب غيره من الصيود أو فر الطائر ولا يدري أهو وحشي أم لا حل المصاب لأن الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى إلى بعير فأصاب صيداً ولا يدري أهو نادم لا حيث لا يحل المصاب لأن الأصل فيه الاستئناس فيحكم على كل واحد

(١) رواه مسلم في كتاب الصيد حديث ٧. النسائي في كتاب الصيد باب ١٨.

(٢) رواه أحمد في مسنده (٤/ ٢٥٧).

بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لا ولو رمى

منهما بظاهر حاله. ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدمياً فتبين أنه صيد حل لأنه لا عبرة بظنه مع تعينه صيداً؛ ذكره في الهداية. وقال في المنتقى: إذا سمع حساباً لليل فظن أنه إنسان أو دابة أو حية فرماه فإذا ذاك الذي سمع حسه صيد فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه أو أصاب صيداً آخر فقتله لا يؤكل لأنه رماه وهو لا يدري الصيد ثم قال: ولا يحل الصيد إلا بوجهين: أن يرميه وهو يريد الصيد وأن يكون الذي أراده وسمع حسه ورمى إليه صيداً، سواء كان مما يؤكل أو لا، وهذا يناقض بما ذكره في الهداية وهذا أوجه لأن الرمي إلى الآدمي ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره. ولو أصاب صيداً، وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه أيضاً من قوله «وإن تبين أنه حس آدمي لا يحل المصاب» وعلى اقتضاء ما ذكره هناك أنه يحل لأن المصاب صيد كما في هذه المسألة بل أولى لأن مقصوده فيها صيد. وفرق بينهما في النهاية بفرق غير مخلص فلا حاجة إلى ذكره. وقال فيه: لو رمى إلى آدمي أو بقر ونحوه وسمى فأصاب صيداً مأكولاً لا رواية لهذا في الأصل، ولأبي يوسف رحمه الله تعالى فيه قولان: في قول يحل، وفي قول لا يحل. فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية أبي يوسف فيه فيستقيم ولا حاجة إلى الفرق، ولو لم يتبين صاحب الحس ما هو لا يحل تناول ما أصابه لاحتمال أن يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل المصاب بالشك. والبازي والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب. قال رحمه الله: **(وإن أدركه حياً ذكاه وإن لم يذكه حرم)** لما روينا وبينا في الكلب من المعنى لأن كل واحد منهما ذكاة اضطراراً فيكون الوارد في أحدهما وارداً في الآخر دلالة لاستوائهما من كل وجه.

قال رحمه الله: **(وإن وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لا)** يعني يحرم أكله قوله عليه الصلاة والسلام لأبي ثعلبة «إذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله ما لم ينتن»[1] رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي. وورد أنه عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال: لعل هوام الأرض قتلته. فيحمل هذا على ما إذا قعد عن طلبه. والأول على ما إذا لم يقعد، ولأنه يحتمل أن يموت بسبب آخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لأن الموهوم في المحرمات كالمتحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لأن الاعتبار فيه يؤدي إلى سد باب الاصطياد، وهذا لأن الاصطياد وهذا لأن الاصطياد يكون في الصحراء بين الأشجار عادة ولا يمكنه أن يقتله في موضعه من غير انتقال وتوارٍ عن عينه غالباً فيعذر ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم إمكان التحرز عنه، ولا يعذر فيما إذا قعد عن طلبه لأن الاحتراز عن مثله ممكن فلا

(١) رواه مسلم في كتاب الصيد حديث ٩.

....

ضرورة إليه فيحرم وهو القياس في الكل إلا أنا تركناه للضرورة فما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الأصل فيما يمكن. وجعل قاضيخان في فتاواه من شروط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره وقالا: لأن الغالب إذا غاب الصيد عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت، والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك. وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه وإليه أشار صاحب الهداية أيضاً بقوله: والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله تعالى في قوله «إن ما توارى عنه إذا لم يبت ليلة لا يحل عندنا وإن لم يقعد عن طلبه» فيكون مناقضاً لقوله في أول المسألة «وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل» فبنى الأمر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه، وعلى هذا التركيب فقهاء أصحابنا رحمهم الله تعالى. ولو حمل ما ذكره على ما إذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر، وما روينا من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالي فيكون حجة على من منع ذلك. قال الزيلعي في شرح الكنز: وجعل قاضيخان في فتاواه من شروط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال: لأنه إذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك. وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه ا هـ. أقول: ليس الأمر كما زعمه الزيلعي فإن الإمام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال: والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيت والإنمار ما توارى عنك ا هـ. ولا شك أن قوله «والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه» نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره والقعود عن طلبه معاً. وأما قوله «لأنه إذا غاب عن بصره» وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه، وأما إذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التواري مطلقاً حرج عظيم وهو مدفوع بالنص، وقد أشار إليه المصنف بقوله: إلا أنا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن قرار يكون بسبب عمله. وذكر في الشروح والكافي أنه ﷺ مر بالروحاء على حمار وحشي عقير فتبادر أصحابه إليه فقال ﷺ: دعوه فسيأتي صاحبه، فجاء رجل فقال: هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر رضي الله تعالى عنه فقسمها بين الرفاق. وإن

صيداً فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم وإن وقع على

وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي: إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله عليه فإن غاب عنك يوماً لم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت، وإن وجدته غريقاً في الماء فلا تأكل. رواه مسلم والنسائي. وفي رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال: إذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله. رواه أحمد والنسائي. وفي رواية أن علياً رضي الله تعالى عنه قال قلت: يا رسول الله أرمي في الصيد فأجد فيه سهمي من الغد قال: إذا علمت أن سهمك قتله ولم تر فيه أثر سبع فكل. رواه الترمذي وصححه. ولأنه محتمل تحققت فيه الإمارة فيجوز بخلاف ما إذا كان بلا إمارة على ما بينا. وحكم إرسال الكلب والبازي في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالرمي.

قال رحمه الله: (**ولو رمى صيداً فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم**) لقوله تعالى ﴿والمتردية﴾ [المائدة: ٣] ولما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه، فإن وجدته قتل فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء فإنك لا تدري الماء قتلته أو سهمك». رواه البخاري ومسلم وأحمد. ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي «إذا رميت سهمك فكل وإذا وقع في الماء فلا تأكل» رواه البخاري وأحمد. ولأنه احتمل موته بغيره لأن هذه الأشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فتحرم بخلاف ما إذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحكم في المحتمل في هذا الباب، وهذا فيما إذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لأن موته يضاف إلى غير الرمي، وإن كانت حياته دون ذلك فهو على هذا الاختلاف الذي مر ذكره في إرسال الكلب. ولو رمى إلى الصيد فأمال الريح السهم يميناً أو يساراً أو عدل عن سننه وأصاب صيداً لم يؤكل لأن حكم الرمي قد انقطع بالعدول. وعن أبي يوسف أن حكم الرمي لا يقطع بالتغيير عن سننه، ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرة فرجع للصيد وقتله لم يؤكل، ولو حدد عوداً وطوله كالسهم ورمى به فأصاب بحده وخرق يؤكل وإلا فلا. ولو رمى إلى صيد سهماً فأصاب سهماً موضوعاً فرفعه فأصاب صيداً فقتله بخرق وجرح يؤكل لأن المرفوع إنما ارتفع بقوة السهم الأول فيكون نفوذه بواسطة الأول ألا ترى أنه لو أصاب آدمياً وقتله يجب القصاص على الرامي. ولو رمى بمعراض أو حجر أو بندقة وأصاب سهماً ورفعه وأصاب السهم الصيد فقتله يحل، لو رمى سهماً فعدل به الريح عن سننه يميناً أو يساراً أو أصاب حائطاً فعدل عن سننه ثم استقام ومر على سننه فأصاب الصيد وجرحه فلا بأس به، ولا عبرة بهذه الزيادة بعد الاستقامة على سننه؛ كذا في المحيط. وفي الذخيرة: ولو أن الريح أمالته يميناً أو يساراً أو أماماً فردته عن سننه لا إلى ورائه لم يكن بأكله بأس، وإذا رمى مسلم صيداً بسهم وسمى ثم رمى مجوسي فأصاب سهمه سهم المسلم فانحرف يمنة ويسرة إلا أنه في سننه ذلك وأصاب الصيد وقتله فالصيد للمسلم، ولكن لا ينبغي أن يأكله. ولو رمى

الأرض ابتداء حل وما قتله المعراض بعرضه أو البندقة حرم وإن رمى صيداً فقطع

حلال سهماً إلى صيد ثم رمى محرم فأصاب سهم المحرم سهم الحلال وزاد في قوته حتى أصاب الصيد فإنه لا يحل أكله. وإرسال البازي كإرسال الكلب. ولو رمى رجل صيداً بسهم وسمى ثم إن رجلاً آخر رمى ذلك الصيد بسهم فسمى فأصاب سهم الثاني الأول وأمضاه حتى أصاب الصيد وجرحه وقتله فالمسألة على وجهين: إن كان السهم الأول بحال يعلم أنه يبلغ الصيد بدون السهم الثاني إلا أن الثاني زاد في قوته فالصيد للأول، ولم يذكر في الكتاب ما إذا كان لا يدري بأن الأول هل يبلغ الصيد لولا الثاني. قال مشايخنا: وينبغي أن يكون الصيد للأول ويحل تناول هذا الصيد على كل حال. ولو كان الرامي الثاني مجوسياً فأصاب سهمه سهم المسلم فإن علم أن سهم المسلم لا يصيب الصيد لولا سهم المجوسي فالصيد للمجوسي ولا يحل تناوله، ولو علم أن سهم المسلم يصيب الصيد إلا أن سهم المجوسي زاد في قوته فالصيد للمسلم ويحل تناوله قياساً ولا يحل استحساناً. ولو أن قوماً من المجوس رموا سهامهم فأقبل الصيد نحو مسلم فاراً من سهامهم فرماه المسلم وسمى فأصابه سهم المسلم وقتله فالمسألة على وجهين: إن كان سهم المجوسي وقع على الأرض حتى رماه المسلم لم يحل أكله إلا أن يدركه المسلم ويذكيه فحينئذ يحل لأنهم أعانوه على الرمي دون حقيقة الذكاة ولم يعتبر بالرمي مع وجود حقيقة الذكاة، وإن وقعت سهام المجوسي على الأرض ثم رماه المسلم بعد ذلك وباقي المسألة بحالها حل أكله. وكذلك المجوسي إن أرسلوا كلابهم إلى صيد فأقبل الصيد هارباً فرماه السملم فقتله أو أرسل كلبه إليه فأصابه الكلب فقتله إن كان رمي المسلم أو إرساله الكلب بعد رجوع كلاب المجوسي يحل، وإن كان حال اتباع كلابهم لا يحل. وكذا لو أرسل المجوسي صقراً له أو بازياً له فهوى الصيد إلى الأرض هارباً فرماه المسلم فقتله، فإن كان رمي المسلم وإرساله حال اتباع صقر المجوسي وبازيه لا يحل، وإن كان بعد الرجوع حل. وكذا لو اتبع الصيد كلب غير معلم فأقبل الصيد فاراً منه فرماه المسلم بسهم فهو على التفصيل الذي قلنا.

قال رحمه الله: **(وإن وقع على الأرض ابتداء حل)** لأنه لا يمكنه التحرز عنه فسقط اعتباره لئلا ينسد بابه على ما بيناه بخلاف ما إذا أمكن التحرز عنه لأن اعتباره لا يؤدي إلى سد بابه وإلى اعتباره لا يؤدي إلى الجرح فأمكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الأصل في الشرع. ولو وقع على جبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يترد حل لأن وقوعه على هذه الأشياء كوقوعه على الأرض ابتداء، ولأنه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف ما إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى منه إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الأشياء قتله بحده أو بترديته وهو ممكن الاحتراز عنه. وقال في المنتقى: لو رمى صيداً فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل

عضواً منه أكل الصيد لا العضو وإن قطعه ثلاثاً والأكثر مما يلي العجز أكل كله وحرم

لاحتمال موته بسبب آخر. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى وهذا خلاف إطلاق الجواب المذكور في الأصل فيما عدا هذا المفسر لأن حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم فيتردد فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف ما إذا لم ينشق ولم ينفلق لأن موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم، ولا يحمل إطلاق الجواب في الأصل عليه، وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق كذلك، وحمل المذكور في الأصل على أنه إذا لم يصبه من الصخرة إلا ما يصيبه من الأرض أو وقع عليه فحمل كذلك فكلا التأويلين صحيح ومعناهما واحد لأن كلاً منهما يحمل ما ذكره في الأصل على ما إذا مات بالرمي، وما ذكره في المنتقى على ما إذا مات بغيره، وفي لفظ المنتقى إشارة إليه ألا ترى أنه قال «لاحتمال الموت بسبب آخر» أي غير الرمي وهذا يرجع إلى اختلاف اللفظ دون المعنى ولا يبالي به. وإن كان الطير المرمى مائياً فإن لم تنغمس الجراحة في الماء أكل، وإن انغمست لا تؤكل لاحتمال الموت به دون الرمي لأنه يشرب الجرح الماء فيسبب زيادة الألم فصار كما إذا أصابه السهم. قال رحمه الله: **(وما قتله المعراض بعرضه أو البندقة حرم)** لما رويناه من حديث ابراهيم، ولما روي أن عدي بن حاتم قال للنبي ﷺ: إني أرمي الصيد بالمعراض فأصيب فقال: إذا رميت بالمعراض فخزقت فكله وإن أصابه بعرضه فلا تأكله. رواه البخاري ومسلم وأحمد. ولما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الحذف وقال: إنها لا تصيد ولكنها تكسر العظم وتفقأ العين. رواه البخاري ومسلم وأحمد. ولأن الجرح لا بد منه لما بينا من قبل والبندقة لا تجرح، وكذا عرض المعراض والمعراض سهم لا ريش ولا نصل له وإنما هو حديد الرأس سمي الحديد معراضاً لأنه يذهب معترضاً وتارة يصيب بعرضه وتارة يصيب بحده. وإن رماه بالسكين أو السيف فإن أصابه بحده أكل وإلا فلا، وإن رماه بحجر فإن كان ثقيلاً لا يؤكل. وإن جرح لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفاً وله حد وجرح لتيقن الموت بالحجر حينئذ. ولو جعل الحجر طويلاً كالسهم وهو خفيف وبه حده ورمى به صيداً فإن جرح حل لقتله بجرحه، ولو رماه بمروة حديدة فلم يبضع بضعاً لا يحل لأنه قتله دقاً، وكذا إذا رماه بها فقطع أوداجه وأبان رأسه لأن العروق قد تنقطع بالثقل فيقع الشك، ويحتمل أنه مات قبل قطع الأوداج. ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل لأنه قتله ثقلاً لا جرحاً إلا إذا كان له حد بضع بضعاً فيكون كالسيف والرمح. والأصل في جنس هذه المسائل أن الموت إذا حصل بالجرح يتعين حل، وإن حصل بالثقل أو شكل فيه فلا يحل حتماً أو احتياطاً. وإن جرحه فمات كان الجرح مدمياً حل بالاتفاق، وإن كان غير مدم اختلفوا فيه؛ قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو إخراج الدم النجس وشرط النبي ﷺ إخراج

صيد المجوسي والوثني والمرتد وإن رمى صيداً فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني

الدم بقوله «انهر الدم بما شئت»(١) رواه أحمد وأبو داود وغيرهما. وقيل يحل لإتيانه ما في وسعه وهو الجرح وإخراج الدم ليس من وسعه فلا يكون مكلفاً به لأن الدم قد ينحبس بقتله أو لضيق المنفذ بين العروق وقد قدمنا. وإن ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل أكلها، وقيل لا يحل، فالأول قول أبي بكر الإسكاف، والثاني قول اسمعيل الصفار، ووجه القولين دخل فيما ذكرنا. وإن أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا، وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم. قال رحمه الله: **(وإن رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد لا العضو)** وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه: أكل إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع منها فهو ميتة» رواه ابن ماجه. ذكر الحي مطلقاً فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً العضو المبان بهذه الصفة لأن المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً لأنه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع في الماء وفيه هذا القدر من الحياة يحرم بخلاف ما إذا أبين بذكاة الاختيار لأن المبان منه ميت حكماً ألا ترى أنه لو وقع في هذه الحالة في الماء أو تردى من الجبل لا يحرم لأن موته قد حصل بالإبانة حكماً فلا يضاف إلى غيره، وإن كان حصل بذلك حقيقة أقول: المقدمة القائلة أن المطلق ينصرف إلى الكامل شائعة في ألسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في أصول أئمتنا من أن المطلق يجري على اطلاقه كما أن المقيد يجري على تقييده فتأمل في التوفيق. وفي الأصل: رجل أرسل كلبه على صيد فأخطأ ثم عرض له صيد آخر فقتله يؤكل، وإن فاته الصيد فرجع وعرض له صيد آخر في رجوعه فقتله لا يؤكل. وقوله «أبين بالذكاة» قلنا حال وقوعه لم تقع ذكاة لقيام الحياة في الثاني حقيقة وحكماً على ما بينا، وإنما تقع ذكاة عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه لزواله بالانفصال فصار الأصل فيه أن المبان من الحي حقيقة وحكماً لا يجوز والمبان من الحي صورة لا حكماً بدليل ما ذكرنا من الأحكام من أنه لا يؤثر فيه وقوعه في النهر في هذه الحالة يحل أكله في هذه الحالة وإن كان يكره لما فيها من زيادة الإيلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه بالاصطياد لأنه حي حقيقة وحكماً حتى لا يثبت له شيء من هذه الأحكام.

قال رحمه الله: **(وإن قطعه ثلاثاً والأكثر مما يلي العجز أكل كله)** لأن المبان منه حي صورة لا حكماً، إذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حياً بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة في الحال فحل

(١) رواه أحمد في مسنده (٤/ ٢٥٨).

وحل وإن أثخنه فللأول وحرم وضمن الثاني للأول قيمته غير ما نقصته جراحته.

أكله كما إذا أبين رأسه في الذكاة الاختيارية، وكذا إذا قد نصفين لما ذكرنا بخلاف ما إذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي، وإن ضرب عنق شاة فأبان رأسها تحل لقطع الأوداج ويكره لما فيه من زيادة الألم بإبلاغه النخاع، وإن ضربها من قبل القفا إن ماتت قبل قطع الأوداج لا تحل، وإن لم تمت حتى قطع الأوداج حلت. ولو ضرب صيداً فقطع يده أو رجله ولم ينفصل حتى مات إن كان يتوهم التئامه واندماله حل أكله لأنه بمنزلة سائر أجزائه، وإن كان لا يتوهم بأن يبقى معلقاً بجلده حل ما سواه دونه لوجود الإبانة معنى والعبرة للمعاني. قال رحمه الله: **(وحرم صيد المجوسي والوثني والمرتد)** لأنهم ليسوا من أهل الذكاة حالة الاختيار فكذا حالة الاضطرار وكذا المحرم لأنه ليس من أهل ذكاة الاختيار في حق الصيد فلا يكون من أهل ذكاة الاضطرار فيه ويؤكل صيد الكتابي لأنه من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطراراً. قال رحمه الله: **(وإن رمى صيداً فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني وحل)** لأنه هو الآخذ له وقال عليه الصلاة والسلام «الصيد لمن أخذه» وإنما حل لأنه لما لم يخرج بالأول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح في أي موضع كان وقد وجد. قال رحمه الله: **(وإن أثخنه فللأول وحرم)** لأنه لما أثخنه الأول قد خرج من حيز الامتناع صار قادراً على ذكاته الاختيارية فوجب عليه ذكاته لما روينا ولم يذكه وصار الثاني قاتلاً له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فبالقتل أولى أن يحرم بخلاف الوجه الأول. وهذا إذا كان بحال يسلم من الأول لأن موته يضاف إلى الثاني، أما إذا كان الرمي الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى من المذبوح كما إذا أبان رأسه يحل لأن موته لا يضاف إلى الرمي الثاني فلا اعتبار لوجوده لكونه ميتاً حكماً، ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم كوقوعه بعد موته، ولو كان الرمي الأول بحال لا يعيش به الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بأن كان يبقى يوماً أو دونه فعند أبي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده، وعند محمد يحرم لأن هذا القدر من الحياة يعتبر عنده فصار حكمه كحكم ما إذا كان الأول يسلم منه فلا يحل.

قال رحمه الله: **(وضمن الثاني للأول قيمته غير ما نقصته جراحته)** أي ضمن جميع قيمة الصيد غير ما نقصته جراحته الأولى لأنه أتلف صيداً مملوكاً للغير لأنه ملكه بالإثخان فيلزم قيمة ما أتلفه وقيمته وقت إتلافه كان ناقصاً بجراحة الأول فيلزم ذلك لأن المتلف تعتبر وقت الإتلاف فصار كما لو أتلف عبداً مريضاً أو شاة مجروحة فإنه يلزمه قيمته متقوماً بالمرض أو الجرح. وقال صاحب الهداية وغيره: تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني، فإن كان الأول بحال يسلم منه والثاني بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني وقد قتل حيواناً

....

مملوكاً كالأول منقوصاً بالجراحة فلا يضمنه كاملاً، وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال صاحب الهداية قال في الزيادات: يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لحماً. أما الأول وهو ما نقصته جراحته فلأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير وقد نقصته فيضمنه أولا، وأما الثاني وهو ضمان نصف قيمته حياً فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحاً لجراحتين لأن الأولى ما كانت بصنعه يعني الجراحة الأولى ما كانت بصنع الثاني فلا يضمنها، والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانية أي الجراحة الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولاً. وأما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلأن بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن نصف القيمة لآخر لأنه ضمنه من حيث ضمن نصف قيمته حياً فدخل ضمان اللحم. وهذا يوهم أن بين المسألتين فرقاً أعني بين ما إذا حصل القتل بالثاني وحده أو بهما وليس كذلك، بل لا فرق بينهما لأنه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الأول إلا أنه بين المسألة الأولى جميع الحاصل، وفي الثانية بين طريق الضمان؛ نقل ذلك عن قاضيخان أي عدم الفرق بين المسألتين؛ بيانه أن الرامي الأول إذا رمى صيداً يساوي عشرة فنصقه درهمين ثم رماه الثاني فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريق الأولى يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لأن ذلك تلف بجرح الأول وهو المراد بقوله «غير ما نقصته جراحته». وعلى الطريقة الثانية يضمن درهمين أولاً لأن ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله في الزيادات «يضمن الثاني ما نقصته جراحته» بقي من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو المراد بقوله «ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين» يعني به نصف قيمته حياً. ثم إذا مات يضمن النصف الآخر بعد الموت وإن كان تفويت اللحم فيه موجوداً بقتله لأنه ضمن ذلك النصف حياً، فلو ضمنه بعد الموت كان يتكرر الضمان بأن يضمن قيمته حياً ثم يضمن قيمته لحماً بعد الموت وهذا لا يجوز. وهذا إذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا يضمن الثاني ويوكل لأن موته لا يضاف إلى الثاني ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم وقد ذكرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله «فإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري».

ولو رمياه معاً فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أولاً ثم رماه الثاني قبل أن يصيبه الأول أو بعد ما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الأول فأثخنه أو أثخنه ثم أصابه الثاني فقتله فهو للأول ويؤكل. وقال زفر: لا يحل أكله لأنه حال إصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما إذا رماه الثاني بعد ما أثخنه الأول. قلنا: عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا تشترط التسمية عند الرمي فكذا الامتناع يعتبر

وحلّ اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل.

عنده إلا أن الملك يثبت للأول لأن سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فملكه به قبل أن يقتل بسهم الثاني، فحاصله أن المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي لأن الرمي إلى صيد مباح فلا ينعقد سبباً لوجوب الضمان فلا ينقلب موجباً بعد ذلك وهو ذكاة فيحل المصاب لأن الحل يحصل بفعله وفعله هو الرمي والإرسال فيعتبر وقته، وفي حق الملك يعتبر وقت الإثخان لأنه به يثبت الملك، وزفر يعتبر وقت الإثخان فيهما. ولو رمياه معاً وأصاباه معاً فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب، والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه بإثخانه، ولا يعتبر إمساكه بدون الإثخان حتى لو أرسل بازيه فأمسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه وأرسل الآخر بازيه فقتل ذلك الصيد فإن الصيد للثاني وحل لأن يد البازي الأول ليست يداً حافظة لتقام مقام يد المالك، أما القتل فهو إتلاف والبازي من أهل الإتلاف فينقل إلى صاحبه. ولو رمى سهماً فأصاب الصيد فأثخنه ثم رماه ثانياً فقتله حرم لما بينا. قال رحمه الله: (**وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل**) لقوله تعالى ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢] مطلقاً من غير قيد بالمأكول إذا الصيد لا يختص بالمأكول. قال الشاعر:

صيد الملوك أرانب وثعالب ... وإذا ركبت فصيدك الأبطال

ولأن الاصطياد سبب الانتفاع بجلده أو ريشه أو شعره أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب الرهن

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث إن كل واحد من الرهن والصيد سبب لتحصيل المال. والكلام في الرهن يقع في مواضع: الأول في معناه لغة. والثاني في دليله. والثالث في ركنه. والرابع في شرط لزومه. والخامس في شرط جوازه والسادس في حكمه. والسابع في سببه. والثامن في صفته. والتاسع في معناه عند الفقهاء. والعاشر في محاسنه. أما معناه لغة فهو عبارة عن الحبس بأي شيء كان. قال الله تعالى ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ [المدثر: ٣٨] أي محبوسة بما كسبت من المعاصي. يقال رهنت الشيء وارتهنته والجمع رهن ورهون ورهان والرهن المرهون تسمية بالمصدر. وأما دليله فقوله تعالى ﴿فرهن مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] أمر يأخذ الرهن وقبضه حال المداينة. وأما ركنه فهو الإيجاب وهو قول الراهن رهنت عندك هذا الشيء بمالك على من الدين أو خذه والقبول شرط له لأن الرهن عقد تبرع لأنه لم يستوجب الرهن بذاته شيئاً والتبرع يتم بالإيجاب من غير قبول حتى لو حلف لا يرهن فرهن ولم يقبل الآخر يحنث. وأما الرابع وهو شرط اللزوم وهو القبض. وأما الخامس وهو شرط الجواز فكونه مقسوماً مفرزاً فارغاً عن الشغل بحق الغير، وأن يكون الرهن بحيث يمكن الاستيفاء منه كالدين حتى لا يصح الرهن بما ليس بمال كالحدود والقصاص والعتق. وأما حكمه فملك المرتهن المرهون في حق الحبس حتى يكون أحق بإمساكه إلى وقت ايفاء الدين في حال الحياة، وأما إذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفي منه دينه وما فضل فهو للغرماء. وأما سببه فهو الحاجة إليه لأن الإنسان قد لا يجد من لا يقرضه مجاناً من غير رهن أو يصبر عليه بغير رهن. وأما صفته قال عامة العلماء بأن الرهن مضمون على المرتهن كما سيأتي بيانه. وأما التاسع وهو تفسيره شرعاً فسيتكلم عليه المؤلف. وأما العاشر وهو محاسنة فهو فك عسرة الطلب عن الراهن ووثوق

هو حبس شيء بحث يمكن استيفاؤه منه كالدين ولزم بإيجاب وقبول ويتم بقبضه

قلب المرتهن بما يحصل ماله، ولو ارتهن على أنه إن ضاع بغير شيء وأجاز الرهن وبطل الشرط لأنه تغيير لعقد موضوع بحكم مشروع وتبديل المشروع لا يجوز والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون. وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى لو رهن نصف دار وسلم الدار إلى المرتهن وهلكت لم يذهب من الدين شيء، وهكذا ذكر في نوادر هشام عن محمد رحمهما الله تعالى أنه في الرهن الفاسد لا يذهب بهلاكه الدين. وفي الجامع الكبير: لو اشترى مسلم خمراً ورهن بثمنه رهناً فضارع الرهن عنده لا يضمن لأنه رهن باطل في الأول ينعقد فاسداً والله أعلم. وسيأتي له مزيد بيان عند قوله «مضمون بأقل من قيمته». وفي الكبرى: لو شرط عليه أن يضمن الفضل عن الدين فالشرط باطل. قال رحمه الله: (**هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين**) وهذا حده في الشرع كذا قال الشارح وقال: قوله «كالدين» إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو حق أمكن استيفاؤه ومن الدين لعدم تعيينه، وأما العين فلا يمكن استيفاؤها من الرهن ولا يجوز الرهن بها إلا إذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لأن الموجب الأصلي فيها المثل أو القيمة ورد العين لا مخلص على ما عليه الجمهور ولهذا تصح الكفالة به والإبراء عن قيمته. ويمتنع وجوب الذكاة عمن هو في يده وماله بقدر القيمة. ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الأحكام. وعند البعض وإن كان الموجب الأصلي رد العين ورد القيمة مخلص فلا يجب الضمان إلا بعد الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته بالقبض فيكون رهناً لوجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة بخلاف الأعيان الأمانة ا هـ. فإن قيل: هذا التعريف للرهن التام أو اللازم وإلا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض. أجيب بأن المراد أنه يتحقق بانعقاد معنى الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق إلا أن الشارع جعل للعاقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بالقبض، والمأخوذ في التعريف المذكور في الكتاب للمرتهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً. لو قال هو عقد يرد على معنى حبس العين بحق يمكن استيفاؤه منه لكان أولى. وقولنا «على معنى حبس إلى آخره لأن العقد لا يوجب حقيقة الحبس لأنها بالقبض بل يوجب نفس الحبس، وقول الإمام الزيلعي أن قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعيينه. قلنا: المتبادر إليه من الكافي أنه يجوز الرهن بغير الدين أيضاً كما ذكرت أمثاله.

وقوله «شيء» صادق على ما لو عين ذلك أو لا. وعلى ما إذا كان على كل الدين أو بعضه، وعلى ما إذا قبض الدين أو لا. قال قاضيخان: رجل دفع إلى رجل ثوبين وقال خذ

محوزاً مفرغاً مميزاً والتخلية فيه وفي البيع قبض وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه

أيهما شئت بالمائة التي علي فأخذهما فضاعا في يده قال الثالث: لا يذهب من الدين شيء وجعله بمنزلة رجل عليه عشرون درهماً يدفع المديون إلى الطالب مائة وقال خذ منها عشرين بدينك فضاعت المائة قبل أن يأخذ منها عشرين ضاعت من مال المديون والدين على حاله، ولو قال خذ أحدهما رهناً بدينك فأخذهما فضاعا في يده وقيمتهما سواء قال الثالث: يذهب نصف قيمة كل واحد منهما بالدين إن كان مثل الدين: رجل عليه مائة فأعطى الدائن ثوباً وقال خذ هذا ببعض حقك فقبضه وهلك يهلك بقيمته قال أبو يوسف: لما شاء المرتهن أخذ الرهن ولم يدفع شيئاً فضاع في يده. قال أبو يوسف: عليه قيمة الرهن أقرض آخر خمسين درهماً فقال المقرض لا يكفيك هذا القدر ولكن أبعث لك ما يكفيك فبعث فدفع إليه فضاع في يده فعلى المرتهن الأقل من قيمة الرهن ومن الخمسين. واشتراط خيار الشرط ثلاث أيام في الرهن غير جائز في المرتهن لأنه يملك فسخه من غير خيار الشرط فلا فائدة في اشتراطه، وللراهن جائز لأنه يحتاج إلى الخيار فيه وهو في معنى البيع فيصح إثبات الخيار له فيه؛ كذا في الأصل. قال رحمه الله: **(ولزم بإيجاب وقبول ويتم بقبضه محوزاً مفرغاً مميزاً)** وهذا سهو فإن الرهن لا يلزم بالإيجاب والقبول لأنه تبرع ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به. قال في العناية: ركن الرهن الإيجاب وهو قول الراهن رهنت، والقبول وهو قول المرتهن قبلت، ثم علل بأنه عقد والعقد ينعقد بهما، لو أورد عليه بأن صاحب المحيط صرح بأنه عقد تبرع يتم بالإيجاب فقط هو قول غالب المشايخ. وقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه: يلزم بالإيجاب والقبول كالبيع والإجارة. وقوله «محوزاً مفرغاً مميزاً» احترز بالأول عن المشاع، وبالثاني عن المشغول، وبالثالث عن المتصل إذا قبضه كذلك، ثم هذا بيان الرهن بالقول وسنبين ما يصير رهناً بالفعل. قال رحمه الله: **(والتخلية فيه وفي البيع قبض)** قال الشارح: والصواب أن التخلية تسليم لأنه عبارة عن رفع الموانع عن القبض وهو المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم لأنه اكتفى بالتخلية لأنه غاية ما يقدر عليه والقبض فعل لغيره فلا يكلف به وهو ظاهر الرواية، وعن الثاني أن في المنقول لا بد من النقل والأول أصح والقياس على الغصب باطل لأن قبض الرهن مشروع فيشبه البيع فاكتفى بالتخلية والغصب ليس بمشروع فلا حاجة إلى ثبوت بدون قبض حقيقة وهو النقل ووضع اليد ولا يرد النقض بالصرف لأنه لا بد فيه من القبض حقيقة لأنه ورد على خلاف القياس. قال رحمه الله: **(وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن)** لما ذكرنا أنه متبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم بالكلية وفيه خلاف مالك. واختلفوا في القبض قال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده: الرهن قبل القبض جائز غير لازم وإنما يصير لازماً في حق الرهن بالقبض اهـ. وإنما يصير لازماً في حق المرتهن بالدفع وقبض الراهن الدارهم فلو قال ولهما أن يرجعا ما لم يتقابضا

المرتهن وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل الدين صار مستوفياً دينه وإن كان أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفياً دينه وإن

لكان أولى لأنه في حكم الراهن والمرتهن ولا يقال قوله «وله أن يرجع» المفيد أن عقد الرهن تبرع في حق الراهن ينافيه ما نقل في المحيط وغيره: رهن عنده دابتين على مائة فدفع له دابة وقبض منه خمسين وطلب المرتهن الدابة الأخرى وامتنع من قرض الخمسين الباقية يجبر الراهن على قرض الخمسين لأن الرهن لازم من جانب الراهن فما شرط عليه يجبر على دفعه غير لازم فلا يجبر على دفعه اهـ. لأنا نقول: هو تبرع في حق الراهن قبل دفع شيء من الرهن فلا منافاة. ولم يتعرض المؤلف رحمه الله تعالى للراهن بالفعل وسنذكر ذلك تتميماً للفائدة. قال في الذخيرة: من كان له دين على رجل فتقاضاه فلم يقضه فرفع العمامة على رأس المديون رهناً بدينه وأعطاه منديلاً صغيراً يكفيه على رأسه وقال حضر ديني لأردها عليك فذهب الرجل وجاء بدينه بعد أيام وقد هلكت العمامة قال هلكت بالدين. وفي السراجية: إذا أخذ عمامة المديون بغير رضاه لتكون رهناً لم تكن رهناً بل غصباً. روى ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم وأبى البائع أن يدفعها إليه حتى يقبض الثمن وقال المشتري لا أدفع لك الثمن حتى أقبضها فاتفقا على وضع الثمن على يد عدل حتى يقبض الثمن يدفعها إليه فوضع رهناً بالثمن فهلك هلك من مال البائع. وفي الفتاوى الكبرى: رهن عبداً بكر حنطة فمات العبد فظهر أن الكر ليس على الراهن فعلى المرتهن قبض كر دون العبد. وفي التتمة: رجل عليه ثمن عين اشتراها دنانير فدفع للبائع صرة فيها دنانير فقال خذ هذه الصرة حتى أنقد لك الثمن ثم هلكت تهلك من مال البائع قال قلت: تهلك هلاك الرهن أم هلاك الثمن؟ قال: هلاك الثمن، فإن ظهر أن دينه أجود لا يرجع بالجودة في قول الإمام ومحمد حيث كانا في الوزن سواء.

قال رحمه الله: **(وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل الدين صار مستوفياً دينه وإن كان أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفياً دينه وإن كان أقل صار مستوفياً بقدر دينه ويرجع المرتهن وبالفضل)** وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه: الرهن كله أمانة فلا يسقط شيء من الدين بهلاكه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن الذي هلك عنده الفرس «ذهب حقه» وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا هلك الرهن هلك الدين» وأما معناه. وأجمع الصحابة والتابعون على ذلك وبيان الدليلين من الجانبين في المطولات. وفي الكافي: بيانه إذا رهن ثوباً قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن يسقط دينه، وإن كان قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى، وإن كانت قيمته خمسة عشر فالفضل أمانة عندنا. وفي الينابيع: الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، وفائدة هذا تظهر في مسائل منها: إذا رهن عبداً بألف درهم وقيمته ألفان فأبق فرده رجل من

. . . .

مسيرة ثلاثة أيام فإن الجعل على الراهن وعلى المرتهن نصفان لأن العبد نصفه مضمون بالدين ونصفه أمانة فيكون الجعل بينهما بالحصص. ومنها مداواة الأمراض والجروح لأنه ينقسم ذلك على المضمون وعلى الأمانة بالحصص وما أصاب المضمون فعلى المرتهن، وأما أصاب الأمانة فعلى الراهن. ولو قال وهو مضمون بالأقل من قيمة المضمون ومن الدين لكان أولى ليشمل ما إذا كان قيمة المرهون أكثر من الدين في الأصل والباطل من الرهن ما لا يكون منعقداً أصلاً كالباطل من البيع والفاسد ما يكون منعقداً لكن بوصف الفساد والمقابل به يكون مالاً مضموناً، وفي كل موضع لم يكن الرهن مالاً ولم يكن المقابل به مضموناً لا ينعقد الرهن أصلاً وهو الباطل، وتعتبر قيمة الرهن يوم القبض. ولم يذكر المؤلف أحكام غلبة الماء على الأرض المرهونة قال في المحيط: أرض مرهونة غلب عليها الماء بمنزلة العبد إذا أبق لأنها بما ينزل عنها الماء فتكون الأرض منتفعاً بها فلا يسقط الدين لاحتمال العود كالآبق. ولو رهن عبداً حلال الدم أو سرق عند الراهن فقطع عند المرتهن فذاك من ضمان الراهن ولم يذهب من الدين شيء وبقي مرتهناً بجميع الدين عند الإمام، وعندهما السرقة عيب ويقوم سارقاً وحلال الدم وغير سارق وغير حلال الدم فيسقط من الدين بمقدار قيمته حلال الدم والقطع ويكون رهناً بحصة قيمته كذلك، ولو وجب عليه حد القذف أو الزنا عند المرتهن أو دخله عيب فيسقط من الدين بقدره. رهن ثوباً يساوي خمسة دراهم ومثال ذهب يساوي عشرة بخمسة دراهم فهلك الذهب وليس الثوب حتى انخرق ضمن قيمة الثوب يحسب مائه من ذلك درهم وثلثان لأنه ذهب بإذهاب الذهب ثلثا الدين وذلك ثلاثة دراهم وثلث درهم لأن بإزاء الذهب ثلث الدين وبإزاء الثوب ثلثه، فإذا ذهب الذهب واستهلك الثوب يذهب بإذهاب الثوب ثلث الدين ويضمن مثقال الذهب فيكون رهناً عنده بثلاثة دراهم وثلث.
وذكر المؤلف رحمه الله تعالى حكم هلاك العين المرهونة في يد المرتهن ولم يذكر حكم نقصانها قال في الخلاصة: إذا نقصت العين المرهونة في يد المرتهن إن كان النقصان في عينها سقط من الدين بقدره اهـ. ولم يتعرض لما إذا كان بالدين رهنان من جهتين مختلفتين قال قاضيخان: رجل عليه دين لآخر وبه كفيل فأخذ الطالب من الكفيل رهناً ومن الأصيل رهناً وأحدهما بعد الآخر وبكل واحد وفاء بالدين فهلك أحد الرهنين عند المرتهن قال زفر رحمه الله تعالى: أيهما هلك بكل الدين. وقال الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا هلك الرهن الثاني؛ فإن كان الراهن علم بالرهن الأول فإن الثاني يهلك بنصف الدين، وإن لم يعلم بذلك يهلك بجميع الدين. وذكر في كتاب الرهن أن الثاني يهلك بنصف الدين ولم يذكر العلم والجهل وهو الصحيح لأن كل واحد منهما يطالب بجميع الدين فيجعل الرهن الثاني زيادة في الرهن الأول، فإن كانت قيمتهما سواء قسم الدين عليهما فالثاني إذا هلك يهلك بنصف الدين وقد قالوا: لو شرط إذا ضاع يكون مجاناً فالشرط باطل ويهلك بالدين. ولم يتعرض لما إذا هلك

كان أقل صار مستوفياً بقدر دينه ويرجع المرتهن وبالفضل وهب المرتهن الدين من الراهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير منع يضمن المرتهن وله أن يطالب

في يد المرتهن بعد أن أبرأه الراهن أو وهبه الدين أو أحاله قال في الخلاصة: لو أبرأه عن الدين أو أحاله به أو وهبه له والعبد في يد المرتهن فهلك في يده من غير أن يمنعه لا يضمن استحساناً وهو قول أصحابنا الثلاثة بخلاف ما لو أبرأ الراهن فيما بقي من الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن وجب عليه رد ما قبض ولو تصادقا على أن لا دين يبقى مضموناً ولو أحال المرتهن الراهن بالرهن على إنسان عنده الرهن ثم مات العبد المرهون قبل أن يرده فيه. وتبطل الحوالة. وفي المبسوط: مسائله على فصول: أحدها في هلاك الرهن قبل الإبراء، والثاني في هلاكه بعد الاستيفاء، والثالث في هلاكه بعد فسخ الرهن وإقالته، والرابع في هلاكه بعد استعماله.

قال رحمه الله: **(وهب المرتهن الدين من الراهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير منع يضمن المرتهن)** قياساً وهو قول زفر ولا يضمن استحساناً، ولو منعه حتى هلك ضمن قيمته اتفاقاً ووجه القياس أن الرهن صار مضموناً على المرتهن بالقبض واليد لأن به يصير مستوفاً للدين ويده على الرهن يد استيفاء للدين ويتقرر ذلك بالهلاك وصار كأنه استوفى ثم أبرأه فيبقى مضموناً عليه لبقاء اليد والقبض فكذا هذا. وجه الاستحسان أن الضمان قد ارتفع قبل تقرر حكمه ووجوبه لأن ضمان الرهن إنما يجب إما بحقيقة الرهن أو بجهته وقد ارتفع العقد والجهة بسقوط الدين فانتفى الضمان وذلك لأن قيام الدين ودوامه بشرط بقاء الرهن لأن الرهن شرع توثيقاً وتوكيداً للدين وبعد سقوطه لا يتصور توثيقه وتوكيد فلا فائدة في بقاء الرهن فلا يبقى فانحل الضمان لارتفاع مناطه فبقيت العين أمانة في يده بخلاف الاستيفاء لأن الاستيفاء يتقرر بالدين ولا يسقط أصلاً، ولهذا صحت الهبة والإبراء بعد الاستيفاء حتى يلزمه رد ما استوفاه، ولا تصح الهبة والإبراء بعد هبة الدين وإبرائه. ولو أخذت المرأة رهناً بصداقها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها ثم هلك الرهن هلك بنصف الصداق لأن الصداق قد سقط فصار كالبراءة عن الدين، ولو قبض المرتهن حقه ثم هلك الرهن عنده ولم يمنعه من قبضه وقيمته مثل الدين رد ما قبض لأن الدين لم يسقط لاستيفاء من وجه في حق بعض الأحكام وإن سقط في حق المطالبة لما بينا فصار مستوفياً ما قبض بعدما استوفاه مرة حكماً بالهلاك فيلزمه رد ما قبض آخراً. ولو كان الدين طعاماً قرضاً فاشتراه من هو عليه بدراهم ودفعها إلى المرتهن ثم هلك الرهن فعلى المرتهن رد مثل ذلك الطعام وتبين بهذه المسألة أن المرتهن يصير مستوفياً وقت الهلاك دون القبض لأنه لو صار مستوفياً من وقت القبض لما جاز البيع لأنه ليس في ذمة الراهن شيء. قضى أجنبي دين المرتهن تطوعاً ثم هلك الرهن في يد المرتهن رد يرد المال على المتطوع لأنه استوفى الدين من

....

الراهن بالهلاك بعدما استوفاه من المتطوع فيجب عليه ذلك كما إذا استوفاه من الغريم ثم هلك الرهن. تصادق الراهن والمرتهن أن لا دين بعد أن اتفقا أنه ألف وهلك الرهن فعلى المرتهن أن يرد الألف لأن الرهن حين هلك كان مضموناً بالدين لأنهما لم يتصادقا أن لا دين قبل الهلاك فصار المرتهن مستوفياً للدين حكماً بالهلاك فصار كما لو استوفاه حقيقة، ولو تصادقا أن لا دين قبل الهلاك اختلف المشايخ فيه قيل يملك أمانة لأن الرهن حصل بدين مضمون يتوهم وجوبه فصار الرهن مضموناً بدين مظنون، فإذا زال التوهم بالتصادق على أن لا دين يزول الضمان كما لو زال بالإبراء والهبة. وقيل يضمن لأنه توهم وجوب الدين لم يزل تصادقهما على أن لا دين لأن تصادقهما على عدم الدين لا يمنعهما عن التصادق على الوجوب بعد ذلك لجواز أن يتذكرا بعد ما تصادقا أنه كان عليه دين وإن بقي توهم الوجوب بقي مضموناً عليه لأن ما به يثبت الضمان وهو توهم الاقتراض منه في الثاني بامتناعه الاقتراض لم يزل الجواز أن يكون أقرضه بعد ذلك فيكون مضموناً عليه. وكذلك لو أخذ عبداً على أن يقرضه ألفاً ثم هلك العبد، فإن كانت قيمته أقل من ألف ضمن قيمته لأنه بجهة الرهن مقبوض فصار كالمقبوض بحقيقة الرهن لأن المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على سوم الشراء. ولو أسلم في طعام وأخذ به رهناً ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض برأس المال لأن رأس المال يدل على المسلم فيه فظهر أن الرهن في حق البدل، فإن هلك الرهن في يده هلك بالطعام لأنه كان مضموناً بالطعام وبالفسخ لم يسقط الطعام أصلاً ما لم يصل إليه رأس المال فبقي مضموناً به كما كان بخلاف ما لو أبرأه عن الدين لأن هناك سقط الضمان أصلاً لسقوط الدين أصلاً. ولو اشترى عبداً ثم تقابضا ثم تفاسخاً كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأنه عند الفسخ نزل منزلة البائع، وكذلك لو أسلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع فإن هلك الرهن في يده هلك بالثمن على ما بينا أسلم خمسمائة في طعام فرهن به عبداً يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال فالقياس أن لا يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه. وفي الاستحسان يجعل رهناً بدينه ويكون مضموناً.

وجه القياس أن رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكماً لأنه ليس ببدل عن الطعام لأن الطعام وجب بالعقد ورأس المال وجب بالإقالة وهما ضدان، فما وجب بأحدهما لا يعتبر بدلاً عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهناً. وجه الاستحسان رأس المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه لأنه كان بدلاً له في العقد وبالإقالة والصلح لما سقط حقه في المسلم فيه عاد حقه إلى بدله لأنه وإن كان ديناً حادثاً لكن لما قام مقام المسلم إثباتاً وإسقاطاً فالرهن بالمسلم فيه يكون رهناً بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته لأنها قائمة مقامه، فإذا استوفى رأس المال ثم هلك عنده العبد من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان له على المسلم إليه ويأخذ منه رأس

....

المال. أقرض رجلاً كر حنطة وارتهن منه ثوباً قيمته أو صالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه ويصير الثوب رهناً بالشعير، فإذا هلك يهلك مضموناً بالحنطة لأنه بريء عن الحنطة فصار كما لو بريء بالإيفاء ويجوز أن يكون الشيء رهناً ولا يكون مضموناً كزوائد الرهن يكون محبوساً ولا يكون مضموناً، وذلك لأن الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء الحكمي لا يربو على الاستيفاء الحقيقي. ولو استوفى المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا السلم صحت الإقالة ويرد عليه طعاماً مثله ويأخذ رأس ماله فكذا إذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي. وفي مسألة القرض لو صالحه على الشعير بعدما استوفى الحنطة حقيقة لم يجز الصالح لأنه لو صالحه على دين وليس عليه ذلك الدين لا يصح أصلاً فكذا إذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي. ولو وهب له رأس المال بعد الصلح ثم هلك العبد عليه طعام مثله لأن الإقالة لم تبطل بهبة رأس المال لأن الإقالة في السلم لا تقبل البطلان ففي الرهن مضموناً في المسلم فيه، وذكر مسألته في الصرف. الثانية اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الألف فقبض بالمائة الدينار رهناً يساويها ثم تفرقا فسد البيع لأن الافتراق قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الألف، فإن هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار والمرتهن بالألف لأن الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشيء يكون رهناً به وببدله فيكون محبوساً بالدنانير مضموناً بالدراهم، فإذا هلك الرهن صار مستوفياً للدنانير بحكم صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير وعلى الراهن رد الدراهم، فإن لم يفترقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدينار لأنه صار مستوفياً للدنانير في المجلس حكماً بهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف جائزاً. ولو ادعى على آخر فأنكره فصالحه على خمسمائة فأعطاه به رهناً وهلك الرهن ثم اتفقا على أن لا دين يجبره على قضاء خمسمائة درهم للمرتهن لأنه لو أخذ الرهن بدين ثابت من حيث الظاهر بدليل أن القاضي بعد الصلح قبل التصادق أن لا دين يجبره على قضاء خمسمائة درهم والرهن بدين ثابت ظاهر مضمون على المرتهن لأن الرهن المقبوض بجهة القرض مضمون مع أن الدين غير ثابت فالرهن بدين ثابت ظاهراً ولا يكون مضموناً لأن الرهن يملك في حق ملك اليد والحبس بإزاء ما عليه من الدين والراهن لم يرض بقليله مجاناً بل رهن بشرط العوض وهو سقوط الدين بإزائه. ولو كانت الدعوى في وديعة فقال المودع رددتها ثم اصطلحا على خمسمائة وأخذ بها رهناً فهلك ثم تصادقا أنه ردها فالرهن غير مضمون عند أبي يوسف وهي كالمسألة التي قبلها. ولو ادعى صاحب الوديعة استهلاكاً ولم يدع المودع شيئاً حتى صالحه ثم رهنه فهلك الرهن ثم اتفقا على الهلاك هلك الرهن مضموناً بلا خلاف. وذكر محمد رحمه الله رجوع أبي يوسف رحمه الله عن هذا القول إلى قول محمد رحمهما الله تعالى وهو الصحيح، وهذا بناء على أن هذا الصلح لا يجوز في قوله أولاً وفي قوله الآخر يجوز وهو قول محمد. وجه قوله الأول أن البراءة عن الضمان تثبت بقول المودع كان الصلح باطلاً، ووجه قوله الآخر

....

مذكور فيه وقوله مضمون. قال في العناية: قيل ذكر مضمون للتأكيد، وقيل احترازاً عن دين يجب كالرهن بالدرك وهو ضمان الدرك عند استحقاق المبيع. ولم يتعرض المؤلف لمسألة القلب قال في المبسوط: رهن قلب فضة على أن يقرضه درهماً فهلك قبل أن يقرضه يعطيه درهماً لأنه مقبوض على جهة الرهن والمقبوض بجهة الرهن كالمقبوض على حقيقة الرهن كالمقبوض على سوم الشراء. قال على أن أقرضه شيئاً ولم يسم شيئاً فهلك يعطيه ما شاء لأنه بالهلاك صار مستوفياً شيئاً فصار كأنه عند الهلاك. قال وجب لفلان علي شيء ولو قال امسكه رهناً بنفقة تعطيها إياه لأنه يصير مستوفياً مالاً مجهولاً بالهلاك، ولو قال أمسكه رهناً بدراهم يلزمه ثلاثة لأن أقل الجمع ثلاثة كما لو قال لفلان علي دراهم. وفي المنتقى: ولو رهنه رهناً على أن يقرضه ولم يسم القرض قال يعطيه المرتهن ما شاء، فإن قال أعطيك فلساً قال محمد رحمه الله تعالى: لا أستحسن أقل من درهم لأنه مقبوض على سوم الرهن ولا تسمية في القرض فلا يمكن اعتبار قيمته إذ لا تقدير في القرض فيعطيه ما شاء لأن الإبهام جاء من قبله ولا يصدق في أقل من درهم لأن العادة لم تجر في اقتراض أقل من درهم، وهذه المسألة المذكورة في عيون مسائل لأبي الليث أيضاً.

وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى: لو قال رجل اقرضني وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فأخذ الرهن فضاع ولم يقرضه قال: عليه قيمة الرهن. ولو رهن ثوباً فقال أمسكه بعشرين درهماً فهلك الثوب عند المرتهن قبل أن يعطيه شيئاً فعليه قيمة الثوب إلا أن تجاوز قيمته عشرين لأن الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين. رهن دابتين على أن يقرضه مائة وقيمة أحدهما خمسون والأخرى ثلاثون فقبض وقبض التي قيمتها خمسون فهلكت برد خمسين لأنه مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع فإن بداله أن يأخذ الأخرى ويقرضه له ذلك ولا يجبر على القرض لأن الرهن لازم من في جانب الراهن، فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازماً وفي حق المرتهن غير لازم، فما شرطه على المرتهن لا يكون لازماً والقرض مشروط على المرتهن فيكون لازماً في حقه. ولو هلكت إحداهما عند الراهن واختلفا في قيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن لأن الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر، فإن بقيت إحداهما ينظر إلى قيمة الباقي فتظهر قيمة الهالك فلا يلتفت إلى اختلافهما لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما. ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى: رجل رهن رجلاً ثوباً فقال له إن لم أعطك كذا وكذا فهو بيع لك بما لك علي قال: لا يجوز وقوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن هو هذا. ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهناً والمغصوب قائم في يده وهو مقربه ثم رده على المغصوب منه ثم هلك الرهن عند المرتهن فالمغصوب منه ضامن الأقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن لأن أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب ديناً يدفع به رهناً ولكنه لما رهنه صار رهناً وإن لم يكن

. . . .

صحيحاً. ولو أختلف الراهن والمرتهن في قيمة الرهن بعد هلاكه فالقول للمرتهن والبينة للراهن لأن الراهن يدعي عليه زيادة وهو ينكر فكانت بينته أكثر إثباتاً. ادعى عبداً في يد غيره أنه عبده رهنه من فلان وقبضه فلان وذو اليد يقول هو عبد لي يقضي للمدعي لأن ذا اليد انتصب خصماً للمدعي لأنه ادعى الملك لنفسه ويوضع على يدي عدل حتى يحضر الغائب بخلاف ما لو أقر بالملك للغائب فقد أقر أنه ليس له حق الإمساك لأنه يتصور أن يكون ممسكاً لملك الغير بحكم النيابة. ولو ادعى المرتهن هذا والرهن غائب يدفع إليه إذا قال غصبه ذو اليد وأخذتها مني بعارية أو إجارة لأنه ادعى فعلاً على ذي اليد وأنكر ذو اليد فينصب خصماً له، فلو لم يدع على ذي اليد الاخذ من يده لا يدفع إليه لأنه لم ينبت الأخذ من يده كما لو ادعى عيناً في يد إنسان أنها ملكه اغتصبها منه وأقام ذو اليد البينة على أنها وديعة عنده لفلان تقبل بينة المدعي لأنه ادعى فعلاً عليه فانتصب خصماً له، فإن لم يدع الأخذ من يده لا تقبل بينته ولا ينتصب خصماً فكذا هذا. أقر المرتهن أن في يده رهناً قيمته ألف ثم جاء بما يساوي مائة فقال لم أرهنك هذا فالقول له إذا تراجع سعر ما يساوي ألفاً إلى مائة فالقول للمرتهن لأنه إذا عرف تغيير السعر فالظاهر شاهد للمرتهن. ولو قال رهنتك وهو مسلم وقال المرتهن وهو كافر فالقول للمرتهن والبينة للراهن، وكذلك القصاص والسرقة لأن الراهن يدعي عليه الإيفاء أو زيادة الإيفاء وهو ينكر فيكون القول له. قال المرتهن أخذت المال ورددت الرهن وأنكر الراهن الرد فالبينة للراهن لأن بينة الرهن تثبت الضمان على المرتهن لأن ضمان الرهن والاستيفاء لم يكن ثابتاً بالقبض السابق لأن قبض الرهن قلب الهلاك كان استيفاء في حق الحبس لا في حق ملك الغير وبالهلاك يصير قبض الاستيفاء في حق ملك الغير فلم يكن ضمان الاستيفاء ثابتاً قبل الهلاك فكانت بينته مثبتة الضمان وبينة الراهن نافية فكانت المثبتة أولى بخلاف ما لو أقام الغاصب البينة على رد المغصوب وأقام المالك البينة على الهلاك فبينة الغاصب أولى لأن ضمان الرد كان واجباً بالغصب السابق لأنه أوجب رد العين حال قيامها ورد القيمة حال هلاكها، فبينة الغاصب مثبتة البراءة عن الضمان وبينة المالك نافية للبراءة فكانت المثبتة أولى. دفع إلى آخر قلباً ليرهنه له عند رجل بعشرة ووزن القلب عشرون فأمسكه فأعطاه عشرة من عنده وقال رهنته ولم يقل رهنته عند آخر فهلك القلب، فإن تصادقا يرجع بالعشرة وكان أميناً في القلب، وإن تجاحدا فقال أقررت بأنك رهبته فلا شيء له يقبل قوله بعد أن يحلف ما يعلم أنه أمسكه لأن الوكيل أقر أولاً أنه رهنه، فإذا قال لم أرهن فكأنه قال كذبت فيما أقررت به فأنكر المقر له فيكون القول للمقر له كما في سائر الأقارير فلا يرجع بالعشرة لأنه يثبت الرهن وقد هلك فصار الآمر موفياً العشرة بهلاك الرهن. وإنما يستحلف لأن المقر ادعى ما يحتمله إقراره لأنه يحتمل أنه لم يرهن غيره ورهنه من نفسه فلم يصر مناقضاً إلا أنه خلاف الظاهر، فإذا طلب يمين المقر له يستحلف كما لو أقر بالبيع ثم

الراهن بدينه ويحبسه به ويؤمر المرتهن بإحضار رهنه والراهن بإداء دينه أو لا فإن كان

قال كان تلجئة أو كان فيه خيار شرط، فإن قال الآمر للوكيل أقررت أنك رهنته ثم أقررت أنك لم ترهنه فناقضت فأنت ضامن فله أن يضمنه قيمة القلب من الذهب ويضمن له العشرة؛ طعن عيسى وقال: الأوجه ضمان القيمة لأنهما لو تصادقا أنه لم يرهنه لا يضمن فكذلك إذا تصادقا أنه رهنه فإنه لا يضمن بالإرهان ولا يتركه. والجواب أنه يضمن بجحود الأمانة لأنه ثبت جحوده بالإقرارين لأنه لما قال رهنته فقد أقر أنه لم يكن في يده لأن الرهن لا يتم إلا بالتسليم، فلما قال لم أرهنه صار قائلاً أنه كان عندي وفي يدي وهذا هو معنى الجحود هو معنى الجحود ومن جحد أمانة في يده ضمنها وصار كالمودع إذا قال ليس عندي ثم قال كان عندي ضمن فكذا هذا.

قال رحمه الله: **(وله أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به)** أي للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وإن كان بعد الرهن في يده لأن حقه باقٍ والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع المطالبة، وكذا لا يمتنع الحبس به لأنه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه في القضاء مفصلاً. وقال الكرخي في مختصره: وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه إذا كان مالاً ولا يمنعه الارتهان به من ذلك ولا كون الرهن في يده، وكذلك إذا كان مؤجلاً وحل فإنه لا يمنع حبسه؛ كذا في العيني على الهداية قال رحمه الله: **(ويؤمر المرتهن بإحضار رهنه والراهن بإداء دينه أو لا)** أي إذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن أولاً ليعلم أنه باقٍ ولأنه قبض الرهن قبل الاستيفاء، ولا يجوز أن يقبض ما له مع قيام يد الاستيفاء لأنه يؤدي إلى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو يحتمل، ولو قال بإحضار رهنه لو في يده لكان أولى ليخرج ما إذا كان في يد عدل فإنه لا يؤمر بإحضاره كما سنبين، وإذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن بتسليم الدين أولاً وهو المراد بقوله «والراهن بإداء دينه أولاً» ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في حق الرهن تحقيقاً للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن الأول لما ذكرنا. وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه، فإن كان الرهن لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماعه، وإن كان له حمل ومؤنة فيستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن لأن الواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لأنه يتضرر به زيادة ضرر لم تلزمه في العقد. ولو باع الرهن لا يكلف المشتري إحضار الرهن لأنه لا قدرة له عليه لأن بيعه بأمر الراهن صحيح وصار الرهن ديناً فصار كأنه رهنه الراهن وهو دين. ولو قبض الثمن يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل والذي يقبض الثمن هو البائع، مرتهناً كان أو عدلاً، لأنه هو العاقد وحقوق العقد ترجع إليه ويكلف إحضار الرهن باستيفاء كل الدين

الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقبض الدين فإذا قضى سلم الرهن ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداماً وسكنى ولبساً وإجارة وإعارة ويحفظ بنفسه وزوجته

يكلف باستيفاء نجم قد حل إذا ادعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما إذا لم يدع الراهن هلاكه لأنه لا فائدة في إحضاره مع إقراره. وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل خطأ العبد الرهن حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن وفيما تقدم صار ديناً بفعله ولا بد من إحضار جميع القيمة لأنه يقوم مقام العين لكونها بدلاً عنها. ولو وضع الرهن على يد عدل وأذن بالإيداع ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف إحضاره لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته، وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده الرهن يقر بالوديعة من العدل ويقول لا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض، وكذا إذا غاب العدل ولا يدري أين هو لما قلنا بخلاف ما إذا جحد الذي أودعه العدل الرهن بأن قال هو مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت أنه رهن لأنه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فتحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به. وفي الفتاوى الغياثية: ولو رهن الذمي خمراً عند مسلم كان مضموناً عليه بالدين اهـ. وفي الينابيع: لو تزوج امرأة على دراهم أو دنانير بعينها وأخذ بها رهناً لم يصح عندنا خلافاً لزفر. قال رحمه الله: **(فإن كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقبض الدين)** أي لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكي يقضي بثمنه الدين لا يجبر المرتهن أن يمكنه من البيع حتى يقبض الدين لأن حكم الرهن الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل، فلو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع. قال رحمه الله: **(فإذا قضى سلم الرهن)** أي إذا قضى الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن إليه لزوال المانع من التسليم لوصول حق المرتهن إليه، فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لأنه تبين بالهلاك أنه صار مستوفياً من وقت القبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده. وهذا لأنه بإيفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرده إلى صاحبه فيكون مضموناً على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه إلى الراهن أو يبرئه المرتهن عن الدين، وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده حتى كان للمرتهن أن يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه. ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكاً بدينه بخلاف ما إذا هلك بعد الإبراء حيث لا يضمن استحساناً لأنه لم يبق رهناً لأن بقاءه رهناً بأمرين بالقبض والدين، فإذا مات أحدهما لم يبق رهناً وقد قدمناه مفصلاً.

قال رحمه الله: **(ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداماً وسكنى ولبساً وإجارة وإعارة)** لأن الرهن يقتضي الحبس إلى أن يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يجوز الانتفاع إلا بتسليط منه، وإن

....

....

فعل كان متعدياً ولا يبطل الرهن بالتعدي. قال في المبسوط: وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن فإذا أذن له جاز أن يفعل ما إذن له فيه، ولو فعل من غير إذن صار ضامناً بحكم الرهن بحكم وقابضاً الغصب. وإن ترك الاستعمال عاد لكونه رهناً، ولو استعمل الرهن بإذن المرتهن فإن هلك حالة الانتفاع لم يسقط من الدين شيء لأنه بالإذن صار مقبوضاً بحكم العارية، وإن خالف وهلك في حال الاستعمال يضمن ضمان الغصب. وفي المنتقى: لو أودع المرتهن المرهون بإذنه وهلك في يد المودع لم يسقط الدين كما لو أعاره من غيره بإذن الراهن فقد خرج من ضمان المرتهن وله أن يسترده لأن الرهن عقد قائم ولكن حكمه وهو الضمان مرتفع في زمان الإيداع لما بينا. ولو أجره من أجنبي سنة بغير إذن الراهن وانقضت السنة ثم أجاز الراهن الإجارة لم تصح لأن الإجارة لاقت عقداً منتفياً مفسوخاً وللمرتهن أن يأخذها حتى يصير رهناً كما كان، وإن أجاز بعد مضي ستة أشهر جاز ونصف الأجر للمرتهن يتصدق به ونصفها للراهن، وليس للمرتهن أن يعيدها في الرهن كما بينا. وذكر أبو الليث في العيون: ولو أعار المرتهن من الراهن ثم مات الراهن فإنه يرجع إلى المرتهن ولا يكون أسوة الغرماء لأن الرهن لم ينفسخ بالإعارة فيكون الرهن في يد المستعير لكونه في يد المعير فكان مقبوضاً له، وبالموت انفسخت الإعارة فعادت يد المرتهن كما كانت. ولو ارتهن جارية ثم أعارها الراهن فولدت عند الراهن ثم ماتت فللمرتهن أو يعيد الولد بحصته لأن الرهن لم ينتقض بإعارة الرهن من الراهن فيسري إلى الولد والله تعالى أعلم. وفي المنتقى: وإذا كان الرهن ثوباً فأذن له الراهن في لبسه يوماً ثم جاء به متخرقاً فقال المرتهن تخرق من لبسه من ذلك اليوم فقال الراهن لم يتخرق من لبسك ولم تلبسه فالقول قول الراهن لأن المرتهن ادعى البراءة عن الضمان لاستعمال الثوب بإذن الراهن وهو ينكر فيكون القول له، فإذا أقر الراهن أنه لبسه في ذلك اليوم وتخرق قبل لبسه أو بعده فالقول قول المرتهن أنه تخرق من لبسه والبينة بينة الراهن لأن الظاهر شاهد للمرتهن لأن فعله وهو اللبس سبب التخرق ظاهراً وغير موهوم فيه في حال التخرق في السبب الظاهر دون الموهوم والله تعالى أعلم. ولم يتعرض المؤلف للسعر بالعين المرهونة ولا لما إذا أعير الرهن للمرتهن قال في الغياثية: وللمرتهن أن يسافر بالرهن إذا كان له حمل ومؤنة أو لم يكن. وعن محمد أنه كالوديعة رهن المرتهن وارتهانه موقوف ولو رهن عبداً مريضاً فقتل فالدين على حاله خلافاً لهما، وكذا إذا قتل قصاصاً بعمد أو بسرقة ويصدق المرتهن أنه كان هكذا، ولو احترق النخل ذهب بحصته. وفي الخانية: رهن عبداً وغاب ثم إن المرتهن وجد العبد حراً، فإن كان العبد أقر بالرق عند الرهن لم يرجع المرتهن بدينه عليه. أخذت المرأة بصداقها المسمى رهناً يساوي صداقها ثم وهبت صداقها من الزوج أو أبرأته كان عليها رد الرهن إلى الزوج، فإن هلك الرهن عندها يهلك بغير شيء، ولو اختلعت المرأة من زوجها بعدما وهبت مهرها كان عليها

وولده وخادمه الذي في عياله وضمن بحفظه بغيره وبإيداعه وتعديه قيمته وأجرة بيت

رد الرهن ولا يبطل الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما وبقي الرهن رهناً عند الورثة وسيأتي له مزيد بيان. قال رحمه الله: (**ويحفظ بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله**) معناه أن يكون الولد أيضاً في عياله لأن عينه أمانة على ما بينا فصار كالوديعة وأجيره الخاص كولده الذي في عياله وهو الذي استأجره مشاهرة أو مساهنة والمعبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى إن المرأة لو دفعته إلى زوجها لا تضمن. قال في المنتقى: الأصل أن المرتهن أو المستأجر متى أمسك العين للحفظ لا يضمن، ومتى أمسكها للاستعمال يضمن، فالحد الفاصل بينهما هو أنه متى أمسك الشيء في موضع لا يمسك فيه إلا للاستعمال والانتفاع في ذلك الموضع فهو استعمال، وإذا أمسكه في موضع لا يمسكه فيه للاستعمال فهو حفظ، فعلى هذا قالوا: إذا تسورت بالخلخال أو تخلخلت بالسوار أو تعمم بالقميص أو وضع العمامة على العاتق فهذا كله حفظ وليس باستعمال لأن الاستعمال للإمساك في موضع لا يمسك للاستعمال فكان الإمساك للحفظ. وإذا تسور بالسوار وما أشبهه ضمن لأن الإمساك وجد في موضع للاستعمال فكان استعمالاً وحفظاً. وروي عن محمد رحمه الله تعالى: الرهن إذا كان خاتماً فتختم به في الخنصر اليمنى يضمن لأن من الناس من يتختم في يمينه للزينة، وإن تختم فوق خاتم في ذلك الأصبح لا يضمن. قيل لمحمد: إن الناس يستعملون خاتمين في خنصر واحد قال: إنما يستعملونه للختم لا للزينة. قال مشايخنا: وهذا في بلادهم، وأما في بلادنا فقد يستعملون الثاني للزينة: قال مشايخنا: يجب أن يضمن، وإن تختم في أصبح غير الخنصر لا يضمن لأنه لا يستعمل كذلك قط استعمال الزينة. قال بعض مشايخنا: إذا تختم وجعل الفص مما يلي الكف لم يضمن وكان حفظاً لا استعمالاً. الوكيل يقبض الدين إذا أخذ الرهن ممن عليه الدين فضاع عنده أو الوصي إذا أخذ رهناً من غريم للميت بدين عليه والورثة كبار فضاع عنده قال محمد رحمه الله تعالى: لا ضمان عليه لأنه لم يل الإقراض والأداء وإنما قبضه على أن يكون أميناً فيه لصاحب الدين.

قال رحمه الله: (**وضمن بحفظه بغيره وبإيداعه وتعديه قيمته**) لما بينا أن عينه وديعة والوديعة تضمن بهذه الأشياء لكونه متعدياً بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب. وهل يضمن للمودع الثاني؟ فهو على الخلاف الذي بيناه في مودع المودع في كتاب الوديعة. ثم إن قضى القاضي بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصاً بمجرد القضاء إذا كان الدين حالاً فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه إلا بالفضل، وإن كان مؤجلاً يضمن المرتهن قيمته ويكون رهناً عنده لأنه بدل الرهن فيكون له حكم أصله، فإذا حل الأجل أخذه بدينه، وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان رهناً عنده إلى أن يقضيه دينه لأنه بدل الرهن فأخذ حكمه. ولو رهن خاتماً عند امرأة فجعلت خاتماً فوق خاتم تضمن لأن النساء يلبسن كذلك فيكون من باب

الحفظ وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقته والخراج على الراهن ولا يجوز رهن

الاستعمال بغير إذن المالك، وكذا الطيلسان إن لبسه لبساً معتاداً ضمن، ولو وضعه على عنقه لم يضمن. وفي الواقعات: رجل رهن عند رجل خاتماً وقال للمرتهن تختم به إن أمره أن يتختم به في الخنصر فهلك في حال التختم يهلك بالدين لأنه أمر بالحفظ لا بالاستعمال. وفي الذخيرة هو الصحيح. ولو رهنه سيفين فتلقدهما ضمن قال فخر الدين: والفتوى على أنه يضمن، وفي الثلاثة لا يضمن لأن العادة جرت بين الشجعان بتقليد السيفين في الحرب دون الثلاثة. وفي المحيط: ولو باع المرتهن زوائد الرهن بغير إذن الراهن أو القاضي لم يجز بيعه ويضمن قيمته، وإن خاف تلفه فجذ الثمار وحلب اللبن جاز استحساناً لأنه نوع من الحفظ، فإن خاف تلفه عنده فأمسكه يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه أو يأذن له في البيع إن كان المالك غائباً، وإن كان حاضراً يرجع إليه، ولو كان المرتهن بعيداً من القاضي والمالك وخاف التلف فباعه بنفسه لم يضمن، هكذا روي عن محمد لأنه مأذون له في مثل هذه الحالة في البيع دلالة وليس للمرتهن ولا للراهن أن يزرع الأرض ولا أن يؤجرها لأنه ليس له الانتفاع بالرهن. قال رحمه الله: **(وأجرة بيت الحفظ وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقته والخراج على الراهن)** والأصل فيه أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن لنفسه وتبقيته فهو على الراهن، سواء كان في فصل أو لم يكن، لأن العين باقية على ملكه، وكذا منافعه مملوكة له فيكون أصلاً وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعي مثله لأنه علف البهائم، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وكسر النهر وسقي البساتين وتلقيح نخيله وجذاذها والقيام بمصالحه.
وفي النوازل: أبى الراهن أن ينفق على الرهن فالقاضي يأمر المرتهن بالنفقة، فإذا قبض الدين فللمرتهن أن يحبسه على النفقة، فإن هلك في هذه الحالة فالنفقة على الراهن وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه، وكذلك أجرة البيت التي يحفظ فيه الرهن. وعن أبي يوسف أن أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة، ومن هذا القسم جعل الآبق إذا كان كله مضموناً لأن يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ويحتاج إلى إعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤنة الرد فتكون عليه. وإن كان بعضه أمانة فيقدر المضمون على المرتهن وحصة الأمانة على الراهن ولأن الرد لإعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فتكون على المالك بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن فإن كلها تجب على المرتهن كيفما كان لأن وجوبها لأجل الحبس وحق الحبس ثابت له في الكل.
وأما الجعل فلأجل الضمان فيتقدر بقدره، والمداواة والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن لأنه مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه

....

بالعين ولا يبطل الرهن به في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه ألا ترى أنه لو باع الخارج كله في غير الرهن قبل أداء العشر يجوز فكذا له أن يخرج بدل العشر من مال آخر، وإن كان ملكه ثابتاً فيه بقي رهناً على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن في الباقي لأنه تبين بالاستحقاق أنه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعاً من الابتداء، وتبين أن الرهن كان باطلاً ولا كذلك وجوب العشر لأن وجوبه لا ينافي ملك الراهن لا فيه ولا في غيره. ثم إذا خرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه في الوقت فلم يوجب شيوعاً في الباقي لا طارئاً ولا مقارناً، وما أداه أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضي فهو متطوع كما إذا قضى دين غيره بغير أمره، وإن كان بأمر القاضي وجعله ديناً على الآخر رجع عليه، وبمجرد أمر القاضي من غير تصريح بجعله ديناً عليه لا يرجع عليه إذا كان صاحبه حاضراً، وإن كان بأمر القاضي لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي فيأمر صاحبه بذلك. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يرجع في الوجهين وهو فرع مسألة الحجر لأن القاضي لا يلي على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه.

وفي المحيط: والعشر والخراج على الراهن اهـ. ولم يذكر المؤلف الدعوى والشهادة في الرهن ودعوى الرجلين الرهن أو أحدهما. قال في المبسوط: مسائله على فصول: فصل في اختلافهما في الرهن، وفصل في اختلاف الشاهدين في النطق، وفصل في شهادة الراهنين والمرتهنين بالمرهون لغيره، وفصل في إقامة الواحد البينة على رجلين في الرهن. قال الراهن رهنتك هذه العين وقبضتها مني وأقام البينة والعين قائمة في يد المرتهن وهو ينكر أو قال بل رهنتني عيناً أخرى فأقاما البينة تقبل بينة المرتهن والقول له ولا تقبل بينة الراهن لأن بينة المرتهن تثبت الحق لنفسه وبينة الراهن تثبت الحق لغيره وهو ملك اليد والحبس وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى ولأنه لا فائدة في قبول بينة الراهن لأن المرتهن رد ذلك فإن الرهن غير لازم. وإذا كانت العين هالكة فالبينة للراهن إذا كان ما يدعيه الراهن أكثر لأن بينته تثبت زيادة. أقام الراهن البينة أنه رهنه عبداً بألف يساوي ألفين وقبضه وأنكر المرتهن يضمن قيمته كلها النصف يسقط بدينه ويؤخذ بالنصف لأنه جحده فصار ضامناً بالجحود كالمودع جحد الوديعة يصير ضامناً للوديعة، وكذلك إن سكت المرتهن ولم يقر ولم يجحد لأن السكوت جحود حكماً ألا ترى لو أخر شيئاً فسكت يسمع عليه كما لو جحد. ولو قال المرتهن تساوي خمسمائة لا يسمع قوله لأنه خلاف ما قامت عليه، ولو قال المرتهن رهنتني هذين الثوبين وقال الراهن أحدهما بعينه فالقول للراهن والبينة للمرتهن لأن المرتهن يدعي عليه زيادة رهن وهو ينكر الرهن. رهن عبداً والدين ألف فذهب عين العبد وهو يساوي ألفاً فقال الراهن كانت هذه قيمته يوم رهنتك فقد ذهب نصف حقك وقال المرتهن بل كانت خمسمائة يومئذ وإزدادت من بعد القول للراهن والبينة له أيضاً لأن القيمة للحال ألف فيكون الحال شاهداً للماضي كمن استأجر طاحونة واختلفا في

. . . .

جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال فكذا الراهن بينته تثبت أكثر القيمتين وبينة المرتهن تنفي فكانت المثبتة أولى. وإذا أنكر المرتهن الرهن فشهدت إحداهما أنه رهنه بألف والأخرى بألفين لا تقبل لأن الدين بهذه الأشياء لم يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اختلاف الشاهدين في المشهود به يمنع قبول الشهادة عنده، وإذا لم يثبت الدين لم يثبت الرهن لأن صحته منوطة بالدين. وعندهما هو رهن بالأقل لأنه يثبت دين ألف بهذه الشهادة عندهما إذا كان المدعي يدعي أكثر المالين. ادعى الراهن الرهن بمائة وخمسين وهي قيمته وشهد أحدهما بذلك والآخر بمائة وقال المرتهن عليه مائة وخمسون وهذا رهن بمائة منها فالقول للمرتهن والبينة للراهن لأنه يثبت الدين وهو مائة وخمسون لتصادقهما عليه لا بالبينة وتصادقا أن العين رهن بمائة فصار رهناً بمائة بتصادقهما على ذلك إلا أن بينة الراهن أكثر إثباتاً لأنه يثبت زيادة إيفاء على المرتهن أقام البينة أنه استودعه وهو أقام البينة أنه ارتهنه تقبل بينة المرتهن لأن الرهن جاء لازماً وفيه ضمان ولا لزوم ولا ضمان في الوديعة فكانت بينة الراهن أكثر إثباتاً، ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه أودعه ثم رهنه لأن الرهن يرد على الإيداع، وأما الإيداع لا يرد على الرهن إلا برضا المرتهن. الراهن أقام البينة على الرهن والآخر على البيع جعل بيعاً لأن البيع لازم من الجانبين وارهن غير لازم من جانب المرتهن والبيع يوجب الملك للحال والرهن لا فكانت بينة البيع أكثر إثباتاً، ولأنه أمكن العلم بالبينتين بأن تجعل كأنه رهن أولاً ثم باع لأن البيع يرد على الرهن والرهن لا يرد على البيع، وكذلك لو ادعى المرتهن الهبة والقبض يؤخذ ببينة الهبة لأن الهبة توجب الملك للحال كالبيع. ادعى الشراء والقبض والآخر ادعى الرهن والقبض يحكم بالشراء إذا كان في يد الراهن، فإن علم بتقدم الرهن جعل رهناً لأن للمرتهن قبضاً معايناً ولا ينقض بالشك كما لو ادعيا الشراء من واحد ولأحدهما قبض معاين وأقاما البينة فصاحب القبض أولى. ولو شهد الراهنان بأن المرهون ملك آخر لا تقبل لأنهما بهذه الشهادة يجران لأنفسهما نفعاً ومغنماً لأنهما يريدان إبطال حق المرتهن عن الرهن عليهما، وفي إبطال حق المرتهن عن الرهن نفع لهما في الجملة فتمكنت الشبهة في شهادتهما فلا تقبل، ولأن هذه الشهادة في معنى الإقرار لأنهما يشهدان على أنفسهما لأنهما يسعيان في نقض عقد قديم وشهادة الإنسان على نفسه إقرار فهذا إقرار يتضمن إبطال حق المرتهن فلا يصح في حق المرتهن كما لو أقر صريحاً. ولو شهد المرتهنان تقبل لأنهما لا يجران إلى أنفسهما مغنماً ولا يدفعان مغرماً بل يضران بأنفسهما متى كان الرهن قائماً، وإن كان هالكاً لا تقبل شهادتهما لأنهما يمنعان عن أنفسهما مغرماً لأن بهلاك الرهن سقط الدين وبرئ الراهن عن الدين ظاهراً، ومتى قبلت شهادتهما لم يصح الرهن فلا يسقط حقهما. باع رجلان متاعاً بألف درهم من رجل على أن يرهنهما عبداً بعينه ثم شهد أن العبد لرجل وقالا نرضى أن يكون ديناً بالرهن تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان على أنفسهما بإبطال حقهما في الحبس ولا يجران إلى أنفسهما مغنماً ولا يدفعان مغرماً ولا يسعيان في نقض عقد،

ولو طلبا لا تقبل لأنهما يشهدان لأنفسهما برهن ويسعيان في نقض عقد تم بينهما وليس لهما النقض. ادعيا على رجل أن كل واحد له الرهن فهي على قسمين، أما إذا كان الرهن في يد أحدهما أو في أيديهما أو في يد الراهن والدعوى منهما حال حياة الراهن أو بعد وفاته وقد أرخا ذلك كله أو لم يؤرخا، فإن كان الرهن في يد أحدهما ولم يؤرخا فهو أولى لأنه قد ترجحت بينة ذي اليد باليد لأن يده تدل على أنه سبق ارتهانه، ولأن يده صحيحة من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها إلا أن يعلم بطلاتها كما لو ادعيا الشراء من واحد والمبيع في يد أحدهما، فإن أرخا يقضى لأسبقهما تاريخاً لأن البينة التي آخرهما تاريخاً غير مقبولة لأنها قامت على رهن فاسد وكان الذي هو أسبق انفرد بإقامة البينة، وإن لم يؤرخا لا يقضى لهما قياساً وبه نأخذ. وفي الاستحسان لكل واحد نصفه بنصف حقه لأن رهن كل واحد منهما نبذ بينتهما معاً فصح الرهن فصار العبد محبوساً بحق كل واحد منهما على الكمال. هذا كله في حال حياة الراهن، فأما بعد وفاته لو أقام كل واحد البينة على ارتهانه منه يقضى لكل واحد بنصفه رهناً بنصف حقه يباع فيه عندهما وما بقي للغرماء.

وقال أبو يوسف: لا يقضى لهما بشيء وهو قول الغرماء بالحصص قياساً لأن القضاء بالرهن منهما قضاء برهن مشاع وأنه باطل كما في حالة الحياة. لهما أن القصد مطلوب بحكمه لا بعينه لأنه شرع ليكون وسيلة وذريعة إلى حكمه وحكمه الرهن بعد الموت في حق هذا الحكم بخلاف حال الحياة لأن ثمة المقصود من الرهن هو ملك اليد والحبس ولا يملك اثنان اليد والحبس في المشاع دائماً فلا يمكن القضاء بالرهن. وأما القسم الثاني لو ادعيا الرهن من اثنين فأقام كل واحد البينة على الاتهان من آخر والرهن في يد أحدهما فلا يخلو إما أن يكون الراهنان غائبين أو كانا حاضرين أو أحدهما حاضر والآخر غائب، فإن كانا غائبين فذو اليد أولى، وإن كان الخارج أسبق تاريخاً لأن بينة الخارج لا تسمع لأنها لم تقم على خصم لأن ذا اليد أثبتت بينته كونها رهناً في حق ما في يده والمرتهن لا ينتصب خصماً على المالك كالمودع فكان الشيء رهناً في يد ذي اليد كما يدعيه، فإن كان الراهنان حاضرين فالخارج أولى لأن كل واحد من الراهنين ينتصب خصماً لصاحبه لأنه يدعي أنه ملكه ورهنه من المدعي ويجعل إقامته البينة من المرتهنين وهما يحتاجان إلى إثبات ملك الراهنين ليصح رهنهما بمنزلة ما لو أقام الراهنان البينة على الملك المطلق والشيء في يد أحدهما كان الخارج أولى فكذا هذا. وإن كان راهن الخارج حاضراً وراهن ذي اليد غائباً فذو اليد أولى لأن المرتهن لا ينتصب خصماً لمن يدعي ملكاً في الرهن كالمودع فبينة الخارج قامت لا على خصم، وإن كان راهن ذي اليد حاضراً وراهن الخارج غائباً فكذلك طعن عيسى رحمه الله تعالى وقال: حضرة راهن ذي اليد تكفي للقضاء للخارج لأن راهن ذي اليد انتصب خصماً للخارج لأنه يدعي الملك لنفسه والرهن من ذي اليد والخارج مرتهن والمرتهن بمنزلة المودع والمودع ينتصب خصماً

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

المشاع ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الأرض دونها ولا نخل في الأرض

فيما يستحق لصاحبه لأنه من باب الحفظ كما لو ادعى إنسان على المودع أن ما في يده من الوديعة لفلان آخر غائب أودعه إياه وأقام البينة على ذلك تقبل فكذا هذا. والجواب عنه أن المرتهن كما يثبت الملك لراهنه يدعي ديناً وهو غائب وليس عنه خصم حاضر فلا تقبل بينته على إثبات الدين فلا تقبل على إثبات الرهن أيضاً لأن الرهن لا يصح بدون الدين بخلاف المودع لأنه لم يدع على مودعه شيئاً بل يدعي الملك له فينتصب خصماً في إثبات الملك له.
ولو ادعى واحد على رجلين الرهن وأقام البينة على أحدهما أنه رهنه المتاع ويجحدان الرهن يستخلف من لم يقم عليه البينة، فإن حلف رد الرهن عليهما لأنه لم يثبت الرهن في حقه فلا يقضي به في نصيب الآخر لأنه لا يكون قبضاً بالرهن في نصف مشاع وذلك لا يجوز، فإن نكل ثبت عليهما على الناكل بالنكول وعلى الآخر بالبينة، وإن كان المرتهن اثنين والراهن واحد فأقام أحدهما البينة أني ارتهنت وصاحبي بمائة وأنكر الراهن والمرتهن الآخر الرهن يرد على الراهن عند أبي يوسف، وعند محمد يقضى به رهناً ويجعل في يد المرتهن الذي أقام البينة وعلى يد عدل، فإن قضى الراهن المرتهن المقيم البينة فله أخذ الرهن، فإن هلك الرهن ذهب نصيبه لا نصيب الجاحد، ولا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فيه، لمحمد أنه لا يمكن المدعي إثبات الرهن على الراهن إلا بعد إثباته على صاحبه لأن الرهن من اثنين لا يصح إلا بقبولهما جميعاً فكان الرهن من صاحبه سبباً لثبوت الرهن في حقه، ومن أنكر سبب ثبوت حق إنسان ينتصب خصماً له فقامت البينة على خصمه كما لو ادعى عيناً في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب تقبل بينته على ذلك ومتى ثبت الرهن منهما يوضع في نوبة الجاحد على يد عدل لأن الرهن في حق الجاحد غير ثابت في حث المدعي والراهن ما رضي بحفظ المدعي وحده. ولأبي يوسف رحمه الله أن ما يدعيه على صاحبه ليس سبباً لثبوت حقه بل هو شرط لثبوت حقه لا قول صاحبه فلا يمكنه إثبات قول صاحبه وهو جاحد كما لو ادعيا رهنا فمن اثنين وهو في يد أحدهما وراهن ذي اليد حاضر لا تقبل بينة الخارج على إثبات الرهن على الغائب كما بينا فكذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز إذا لتفصيل إنما يكون بعد الإجمال. قال رحمه الله: **(ولا يجوز رهن المشاع)** يعني لا يصح رهن المشاع فظاهره أنه لا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة. قال صاحب العناية: رهن المشاع قابل القسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض، وقيل

....

باطل لا يتعلق به الضمان وليس بصحيح لأن الباطل منه فيما إذا لم يكن الرهن مالاً ولم يكن المقابل به مضموناً، وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه. وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه: يجوز لأن موجبه عنده بيعه والمشاع لا يمتنع بيعه. ولنا أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم ولا يتصور الحبس الدائم في المشاع لأنه يبطل بالمهايأة قبضه كأنه رهنه يوماً ويوماً لا، ولهذا يستوي فيه ما يقبل القسمة وما لا يقبلها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن موجبها الملك ولا يمتنع بالشيوع، ولا يجوز من شريكه أيضاً لأن ثبوت اليد في المشاع لا يتصور ولأنه لو جاز لأمسكه يوماً بحكم الرهن ويوماً بحكم الملك فيصير كأنه رهنه يوماً ويوماً لا بخلاف الإجارة حيث تجوز في المشاع من الشريك لأن حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، وعن أبي يوسف لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من الابتداء فأشبه الهبة. وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وفي مثله يستوي الابتداء والبقاء كالحرية في باب النكاح بخلاف الهبة لأن المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في الابتداء لنفي الغرامة على ما عرف ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون.
قال في المحيط: ولا يجوز ما هو مشغول بحق الغير ولو رهن عبداً نصفه بستمائة ونصفه بخمسمائة لم يجز لأنه لما سمى النصف بدلاً على حدته صار صفقتين كأنه رهن كل نصف بصفقة في الابتداء فوقع شائعاً فلا يجوز، وهذا يفيد أن المانع هو الإشاعة في العقد لظاهر قوله «فيصير تفريعاً إلى آخره» مع أن المانع الإشاعة عند القبض، فلو قال ولا يجوز رهن المشاع عقداً وقبضاً لكان أولى. ولو رهن قلبا وزنه عشرون درهماً بعشرة دراهم فكسره فإنه يضمن نصف القلب ويصير شركة بينهما بصورة الشيوع الطارئ. قال رحمه الله: **(ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الأرض دونها ولا نخل في الأرض دونها)** لأن القبض شرط في الرهن على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل وحده فصار في معنى المشاع. وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن رهن الأرض دون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنبات فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناه لأن البناء اسم للمبنى فتكون الأرض جميعاً رهناً وهي مشغولة بملك الراهن، ولو رهن النخل بمواضعها جاز لأنه رهن الأرض بما فيها من النخل وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة. ويدخل في رهن الأرض النخل والتمر على النخل والزرع والرطبة والبناء والغرس لأنه تابع لاتصاله فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه في بيع الأرض سوى النخل لأن بيع الأرض بدون هذه الأشياء جائز فلا حاجة إلى إدخالها في البيع من غير ذكر، وبخلاف المتاع الموضوع بها حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر لأنه ليس بتابع لها ولهذا لو باعها بكل

....

قليل أو كثير هو فيها أو منها لا يدخل المتاع وهذه الأشياء تدخل، وكذا تدخل هذه الأشياء في رهن الدار والقرية لما ذكرنا. ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وأخذه جاز وذلك بأن يكون المستحق موضعاً معيناً لأن رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء، وإن كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بأن استحق جزءاً شائعاً أو ما هو في معنى الشائع كالتمر ونحوه بطل لأنه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلاً ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة حتى إذا رهن داراً وهو فيها وقال سلمتها إليه لا يتم الرهن حتى يقول بعدما خرج من الدار سلمتها إليك لأن التسليم الأول وهو فيها وقع باطلاً لشغلها به، ولا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما إذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حتى يكون رهناً إذا دفع الدابة إليه لأن الدار مشغولة فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخل حتى قالوا يدخل في رهن الدابة من غير ذكر. وفي التتمة سئل علي بن أحمد عن رجل عمر عمارة على أرض السلطان كحانوت أو غيره ورهنه وسلم للمرتهن أخذ الأجرة قال: لا يصح ولا يطيب للمرتهن.

قال: وفي المحيط: ولو رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها من الأرض جاز لأنه يمكن قبضها بما فيها بالتخلية، قيد بقوله «دونها» لأنه لو لم يقل دونها لصح الرهن في الكل، ولو قال رهنتك هذه الأرض أو هذه الدار يدخل في الرهن كل ما كان متصلاً بالمرهون من البناء والشجر والثمر والزرع والرطبة لأن الرهن لا يجوز بدون ما يصل به فكان إطلاق العقد ينصرف إلى ما فيه تصحيحه فيدخل في الرهن تبعاً تحرياً للجواز. ولو رهن الدار بما فيها صح إذا خلى بينه وبين الدار بما فيها ويصير الكل رهناً. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله سئل عن رهن عشرة من الكرد وقبضها المرتهن ثم تبين أنه كان واحدة مسبلة وأخرى مشاعة بين الراهن وغيره كيف يبقى الرهن في البواقي في الكرد الفارغة؟ فقال: في البواقي في الرهن صحيح والله أعلم حتى لو باع هذه الكردة الفارغة لا يجوز من غير إجازة المرتهن حتى يقضي بالدين. وسئل علي بن أحمد والخجندي عن الرجل استأجر داراً صحيحة وسلمها فارغة ثم إن المؤجر رهنها من المستأجر بقدر معلوم هل يصح هذا الرهن وهل تبقى الإجارة؟ قال علي بن أحمد: تصير رهناً مع وجود القبض. قال الخجندي: صح الرهن وانفسخ الإجارة. وعن أبي حامد: رجل دفع لرجل رهناً على ثمانمائة فدفع له ثلاثمائة بعد أن قبض الرهن وامتنع من دفع الباقي قال: يكون رهناً بهذا القدر. وسئل أبو يوسف عن الدار المرهونة إذا غصبت من انسان وأتلف منها جزءاً أو كلها يضمن ذلك المرتهن؟ قال:

....

يضمن. وكذا ذكر ذلك الحلواني في شرحه. وسئل الخجندي عن رجل رهن عند آخر وكفلت زوجته لرب الدين بإذن الزوج فطالب رب الدين الكفيل بإيفاء الذين فحبسه القاضي وعجز عن أدائه هل للقاضي أن يبيع الرهن؟ قال: على قول الإمام لا، وعلى قولهما نعم. وسئل أبو الفضل عن رجل رهن عند آخر داراً إلى سنة بدين على الراهن وقبض الدار هل يكون التأجيل مفسداً للرهن؟ قال: إن كان الأجل في الرهن فسد، وإن كان في الدين لا يفسد. وهكذا في الإيضاح سئل عن المرتهن إذا مات وورثته يعرفون بالرهن ولا يعرفون الراهن ويطلبون الخروج عن العهدة هل يكون حكمه حكم اللقطة؟ قال: يحفظ حتى يظهر المالك. وفي التجريد: لو رهن عبدين أو ثوبين ولم يسم لكل واحد شيئاً من الدين يقسم الدين على قيمة تلك الأشياء، فما أصاب كل واحد وهو مضمون بأقل من قيمته ومما سمى أو رهن شاتين بثلاثين أحدهما بعشرة والأخرى بعشرين ولم يبين أيهما لم يجز لأن بسبب هذه الجهالة تقع بينهما منازعة عند الهلاك فإنه إذا هلكت إحداهما لا يدري لا يسقط من الدين بأداء عشرة أو عشرين فيتنازعان في ذهاب الدين بهلاكها، فلو بين فهلك إحداهما سقط من الدين بقدرها لأنه لما بين حصة كل واحد منهما من الدين انقطعت المنازعة. وفي المنتقى: ولو قال رهنتك النخل بأصوله جاز إذا سمى بأصوله وإن لم يسم بأصوله لم يجز لأنه لا يقوم إلا بأصوله فلا يمكن تسليمه بدونه، وذكر الفقيه أبو الليث روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رجل رهن عند رجل جارية لها زوج فالرهن جائز لأن النكاح لا يوجب نقصاً في الرق والمالية، وليس للمرتهن منع الزوج من غشيانها لأنه رهنها وهي مشغولة بحق الزوج وحق المرتهن لا يتعلق بمنافع البضع فحق الزوج فيها لا يفسد الرهن، فإن وطئها الزوج فماتت من ذلك سقط الدين لأن الوطء من الزوج ليس بجناية فأشبه الموت من المرض. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ولو رهن جارية لا زوج لها فزوجها الراهن برضى المرتهن فهذا مثل الأول، ولو زوجها بغير رضا المرتهن جاز النكاح لقيام ملكه فيها وللمرتهن أن يمنعه من غشيانها لأن النكاح لم يعقد برضاه وثبوت حقه من الحبس سابق على تعلق حق الزوج غشيها فالمهر رهن معها، وإن لم يغشها لم يكن المهر رهناً معها لأن له أن يمنعه من الوطء فإن مات من غشيانها، فإن شاء المرتهن ضمن الراهن، وإن شاء ضمن الزوج، فإن ضمن الزوج يرجع على المولى إن كتم الرهن عنه لأنه هو الذي أوقعه فيه، وإن لم يكن كتمه عنه لا يرجع. ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: رجل أعتق ما في بطن جاريته ثم رهنها المولى فالرهن جائز لأنها مملوكة لمولاه، وإن ولدت فنقصتها الولادة لم يذهب من الدين شيء بنقصان الولادة لأنه إذا رهنها وهي حامل والحمل لا بد له من الولادة والولادة لا تنفك عن النقصان عادة فهذا النقصان حصل بسبب في يد الراهن فلا يكون مضموناً على المرتهن، ولو كان عليه دينار فدفع إليه دينارين فقال خذ أحدهما قضاء يكون لك فضاعا قبل أن أخذ فدينه

دونها ولا بالأمانات وبالدرك وبالمبيع وإنما يصح بدين ولو موعوداً وبرأس مال السلم

على حاله وهو مؤتمن لأنه لا يتصور الاقتضاء والاستيفاء إلا بعد القبض وقبض المجهول لا يتصور، ولو قال آخذهما قضاء لك كان قبضاً له بدينه ولا يشبه هذا الرهن.

قال رحمه الله: **(ولا بالأمانات وبالدرك وبالمبيع)** أي لا يجوز الرهن بهذه الأشياء أما بالأمانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلأن الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفاء فلا بد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضموناً ويتحقق استيفاؤه من الرهن، والأمانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من عينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصار كالعبد الجاني والعبد المأذون له في التجارة والشفعة غير مضمونة على المشتري بخلاف الأعيان المضمونة كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لأن الوجوب فيها يتقدر إذا الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه الجمهور وللقيمة فيها شبهة الوجوب على ما قاله البعض فيكون رهناً بما تعذر وجوبه وسببه. وأما الدرك فلأن الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لأن معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لا يستحق لا يجب على البائع رد الثمن، وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال أن يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث تجوز لأن الكفالة يجوز تعلقها بشرط ملائم على ما عرف في موضعه لأنها التزام المطالبة والتزام الأفعال معلقاً أو مضافاً إلى المال جائز كما في الصوم والصلاة وليس فيها شيء من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فإنه استيفاء فيكون تمليكاً، والتمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها ولا إضافتها فافترقا. ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك أمانة لأنه لا عقد حينئذ فوقع باطلاً بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا بألف لتقرضني وهلك في يد المرتهن حيث يهلك ما سمى من المال لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجوداً اقتضاء لأن الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب بل يتلوه، ولا بد من سبق الوجود ليكون الاستيفاء مسبباً عليه ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضموناً عليه بالأقل مما سمى، ومن قيمة الرهن إذا سمى قدر الموعود، وإن لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيئاً فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن الراهن ما شاه لأنه بالهلاك صار مستوفياً شيئاً فيكون بيانه إليه كما لو أقر بذلك. وعن أبي يوسف: لو قال أقرضني وخذ هذا رهناً ولم يسم شيئاً وهلك يضمن قيمة الرهن بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لأنه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك الرهن فإنه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدراً به، وروى المعلي عن أبي يوسف أنه تجب قيمة الرهن في الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء، وأما بالبيع فلأنه مضمون بغيره لأنه مضمون بالثمن

....

حتى إذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع والرهن. لا يجوز إلا بالاعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالأعيان المضمونة بغيرها كالرهن، وإن هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شيء لأنه اعتبار الباطل فلا يجب على المشتري شيء. قال رحمه الله: (**وإنما يصح بدين ولو موعوداً**) ولا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو أن الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين، ثم وجوب الدين ظاهراً يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة لما ذكرنا. قال في الهداية: فإذا هلك الرهن الموعود هلك بما يسمى من المال قال في غاية البيان: فيه تسامح لأن يهلك بالأقل من قيمته ومما سمى له من القرض ألا ترى إلى ما قال الإمام الأسبيجابي في شرح الطحاوي: ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالأقل من قيمته ومما سمى له من القرض اهـ. قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث قال هلك بما سمى من المال بمقابلته هذا إذا ساوى الرهن الدين قيمة وإنما أطلق جرياً على العادة إذا الظاهر أن يساوي الرهن الدين ا هـ. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور بين فإن ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما إذا ساوى قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا حاجة لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان هذا إذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك، وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن إذا قد تقدر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر هنا قوله حيث يهلك بما سمى له من الدين في صورة الإطلاق جرياً على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك. قال الفقيه أبو الليث في الفتاوى: رجل دخل المدينة ونزل خاناً فقال صاحب الخان لا ينزل هنا أحد ما لم يعط شيئاً فدفع إليه ثيابه فهلكت عنده؛ إن رهنها من قبل الأجرة فالرهن بما فيه، وإن أخذها منه لأنه ظنه سارقاً فخشي منه يضمن صاحب الخان؛ كذا قال عصام بن يوسف. قال الفقيه أبو الليث: وعندي أنه لا يضمن لأنه لم يكن مكرهاً بالدفع إليه. ولو رهن ثوباً فقال أمسكه بعشرين درهماً فهلك الثوب عند المرتهن قبل أن يعطيه شيئاً فعليه قيمة الثوب إلا أن يجاوز قيمته عشرين لأن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الرهن. رهن دابتين على أن يقرضه مائة وقيمة إحداهما خمسون والأخرى ثلاثون فقبض ما قيمتها خمسون فهلكت يرد خمسين لأن مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع فإن بداله أن يأخذ الأخرى له ذلك ولا يجبر على القرض لأن الرهن لازم في جانب الراهن فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازماً، وفي حق المرتهن فيه لا يكون لازماً والقرض مشروط على المرتهن فلا يكون لازماً في حقه. ولو نفقت الأخرى عند الرهن واختلف في قيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن لأن الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر، وإن نفقت إحداهما ينظر إلى قيمة الباقي فتظهر قيمة الهالك فلا يلتفت إلى اختلافهما لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما. ابن رستم عن

وثمن الصرف والمسلم فيه فإن هلك صار مستوفياً وللأب إن يرهن بدين عليه عبد

محمد رحمهما الله تعالى: رجل رهن رجلاً ثوباً فقال له إن لم أعطك إلى كذا وكذا فهو بيع لك بمالك علي قال: لا يجوز وقوله عليه الصلاة والسلام «لا يعلق الرهن» هو هذا. ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهناً والمغصوب منه ضمن الأقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن لأنه أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب ديناً يدفع به رهناً ولكنه لما رهنه صار رهناً وإن لم يكن صحيحاً.

قال رحمه الله: **(وبرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه)** أي يجوز الرهن بهذه الأشياء. وقال زفر: لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم. ولنا لأنه استيثاق من الوجه الذي بينا وهو المقصود بالرهن وإنما يصير مستوفياً بالمالية لا بالعين ولهذا تكون عينه أمانة في يده حتى تجب نفقته حياً وكفنه ميتاً على الراهن، ولو كان مستوفياً به لوجب على الراهن وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة. قال في المحيط: ولو اشترى عبداً ثم تقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأن الفسخ نزل منزلة البيع، وكذلك لو سلم المبيع وأخذ بالرهن رهناً ثم تقايلا كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع، فإن هلك الرهن في يده هلك بالثمن على ما بينا. أسلم خمسمائة في طعام فرهن منه عبداً يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال فالقياس أن لا يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه. وفي الاستحسان يجعل رهناً بدينه ولا يكون مضموناً. وجه القياس أن رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكماً لأنه ليس ببدل عن الطعام لأن الطعام وجب بالعقد، ورأس المال وجب بالإقالة وهما ضدان، فما وجب بأحدهما لا يعتبر بدلاً عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهناً به. وجه الاستحسان أن رأس المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه لأنه كان بدلاً له في العقد وبالإقالة والصلح لما أسقط حقه في المسلم فيه عاد حقه إلى بدله لأنه وإن كان ديناً حادثاً لكن لما قام مقام المسلم فيه عاد حقه إلى بدله لأنه وإن كان إثباتاً وإسقاطاً فالرهن بالمسلم فيه يكون رهناً بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته لأنها قائمة مقامه، فإن استوفى رأس المال ثم هلك عنده العبد من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ منه رأس ماله. أقرض رجلاً كر حنطة وارتهن منه ثوباً قيمة الكر وصالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه يصير الثوب رهناً بالشعير، فإذا هلك يهلك مضموناً بالحنطة لأنه بريء عن الحنطة فصار كما لو برئ بالإيفاء، ويجوز أن يكون الرهن رهناً ولا يكون مضموناً كزوائد الرهن يكون محبوساً ولا يكون مضموناً، وذلك لأن الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء حكمي لا يربو على الاستيفاء الحقيقي. ولو استوفى المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا السلم صحت الإقالة ويرد عليه طعاماً ويأخذ رأس ماله فكذا إذا اصطلحا بعد

....

الاستيفاء الحكمي. وذكر مسألة في الصرف: إنسان اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الألف فأعطاه بالمائة الدينار رهناً يساويها ثم تفرقا فسد البيع لأن الافتراق قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الألف، فإن هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار والمرتهن بالألف لأن الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشيء يكون رهناً به وببدله فيكون محبوساً بالدنانير مضموناً بالدراهم، فإذا هلك الرهن صار مستوفياً للدنانير في صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير على الراهن الدارهم، فإن لم يتفرقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدنانير لأنه صار مستوفياً للدنانير في المجلس حكماً بهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف جائزاً. قال رحمه الله: **(فإن هلك صار مستوفياً)** لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه. هذا إذا هلك الرهن قبل الافتراق، وإن افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكماً. هذا إذا كان رهناً ببدل الصرف أو برأس مال السلم، وإن كان رهناً بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لأن قبضه لا يجب في المجلس، ثم إن هلك قبل الافتراق يصير مستوفياً لدينه حكماً فتم السلم كما إذا كان رهناً برأس المال أو بدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفياً لدينه فتم الصرف والسلم لو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال استحساناً حتى يحبسه به. والقياس أن لا يحبسه به لأنه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهناً بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وبأحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر. وجه الاستحسان أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوساً به لأنه بدله فقام مقامه إذا الرهن بالشيء يكون رهناً ببدله كما إذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهناً بقيمته. ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لأنه رهنه به وإن كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأنه بدل الثمن، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لأنه مرهون به، وكذا لو اشترى عبداً شراء فاسداً وأدى قيمته كان للمشتري أن يحبس المبيع عند الفسخ ليستوفي الثمن، ثم إذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا. ثم إذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسألتنا يجب على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه إلى المسلم إليه ويأخذ رأس المال لأن الرهن مضمون وقد بقي حكم الرهن إلى أن يهلك فصار رب المال بهلاك الرهن مستوفياً للمسلم فيه، ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا واستوفاه بعد الإقالة لزمه رد المستوفي واسترداد رأس المال فكذا هنا، وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل وقد تقدم.

قال رحمه الله: **(وللأب إن يرهن بدين عليه عبد الطفلة)** أي لولده الصغير لأنه يملك

....

إيداعه وهذا نظر منه في حق الصبي لأن قيام المرتهن بحفظه ما بلغ مخافة الغرامة، ولو هلك يهلك مضموناً والوديعة والوصي في هذا كالأب لما بينا. وعن أبي يوسف وزفر أنهما لا يملكان ذلك وهو القياس لأن الرهن إيفاء حكماً فلا يملكانه كالإيفاء حقيقة. وجه الاستحسان وهو الظاهر أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض مقابلة بدين وفي الرهن نصيب حافظاً لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا، وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفياً دينه عند هلاكه حكماً ويصير الأب والوصي موفياً لدينه ويضمنان ذلك القدر للصغير. وذكر في النهاية معزياً إلى التمرتاشي وهو إلى الكاكي أن قيمة الرهن إذا كانت أكثر من الدين يضمن الأب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لأن للأب أن ينتفع بمال الصبي ولا كذلك لوصي ثم قال: وذكر في الذخيرة والمغني: التسوية بينهما في الحكم وقال: لا يضمنان الفضل لأنه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الإيداع، وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لأنه توكيل على بيعه وهما يملكانه، ثم إذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لأنهما أوفيا دينهما بماله، وأصل هذه المسألة البيع فإن الأب والوصي إذا باع مال الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما، وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ البائع الثمن من المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من البائع، وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع إذا باعه من غريم نفسه تقع المقاصة بنفسه البيع عندهما ويضمن الوكيل المال للموكل، وعنده لا يقع، وإذا كان من أصله لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذا لا يملك بطريق الرهن، وعندهما لما ملك بطريق البيع فكذا لا يملك بطريق الرهن أيضاً لأن الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة لوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري، وإذا كان للأب أو لابنه الصغير أو لعبده المأذون له في التجارة ولا دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الأب متاع ابنه الصغير من ابنه الصغير أو من عبده التاجر جاز لأن الأب لوجود شفقته نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه. ولو فعل الوصي ذلك والمسألة بحالها لا يجوز لأنه وكيل محض، والأصل أن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن ولا البيع لكنا تركنا ذلك في الأب لما ذكرنا وليس الوصي كالأب فإن شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لأنه أجنبي عنهم إذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه لأنه متهم فيهم ولا تهمة في الرهن لأن له حكماً واحداً وهو أن يكون مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الأجنبي والقريب. ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الأجنبي بتجارة بأسرها أو رهن اليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لأن الصلح له التجارة تمييز الماله فلا يجد بداً من الرهن لأنه إيفاء واستيفاء، ولو رهن الأب متاع الصغير

....

فبلغ الابن ومات الأب فليس للابن أن يسترده حتى يقضي الدين لأن تصرف الأب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ، ولو كان على الأب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به في مال الأب لأنه مضطر إليه لحاجة الانتفاع بماله فأشبه معير الرهن، وكذلك إذا هلك قبل أن يفتكه لأن الأب يصير قاضياً دينه به. ولو رهن الأب مال الصغير بدين على نفسه وبدين الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس؛ هكذا قال في العناية. أقول: في هذه الكلية منع ظاهر ألا ترى أن إنساناً أو فرساً يطيق أن يحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الأحجار والأشجار مثلاً ولا يطيق تحمل الكل قطعاً وأن رجلاً شجاعاً يطيق مقاتلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقاتلة مجموع العسكر معاً وهذا في الأمور الخارجية، وأما في الأحكام الشرعية فكما أن يجوز للرجل أن يجامع كل واحدة من الأختين منفردة عن الأخرى بملك نكاح أو ملك يمين ولا يجوز أن يجامعهما معاً، ثم حكمه في حصة دين الأب كحكمه فيما لو كان كله رهناً بدين الأب، وكذلك الوصي والجد أب الأب. ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعار لحاجة الصغير فلا يكون متعدياً بذلك، ولو هلك الرهن في يد الوصي لا يسقط من الدين شيء لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصي هو الذي يطالب له على ما كان. ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصغير لأنه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه. ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال في حاجة نفسه فيقضي بضمان الدين، فإن فضل شيء من القدر المضمون كان لليتيم لأنه بدل ملكه، وإن لم يف بالدين يقضي من مال اليتيم لأن الدين عليه وإنما يضمن الوصي بقدر ما تعدى فيه وإن كان الدين مؤجلاً فالقيمة رهن، فإذا حل كان على ما ذكرنا. ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لأن استعماله في حاجة الصغير ليس يتعدد في حقه. وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لما أن له ولاية الأخذ، فإذا هلك في يده يضمن للمرتهن فيأخذه بدينه إن كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له، وإن كان له يحل يكون رهناً عند المرتهن. ثم إذا حل الدين يأخذه به ويرجع الوصي على الصبي لما ذكرنا.

قال في المحيط: رهن الوارث الكبير شيئاً من التركة وليس على الميت دين جاز لأنه يجوز بيعه فيجوز رهنه، وإن رد عليه سلعة باعها الميت بعيب فهلكت في أيديهم ولا مال له

الطفلة وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون فإن رهنت بجنسها وهلكت بمثلها من

غير المرهون فالرهن جائز وصياً كان أو وارثاً، ويرجع به الوصي على اليتيم لأن الدين إنما وجب على الميت بعد الرد ولم يكن واجباً عند الرهن فصح الرهن فلا يبطل حق المرتهن للحقوق الدين في التركة بسبب الرد لكن الراهن ضامن لقيمة الرهن لأنه وجب قضاء الدين من ذلك المال ولكنه عجز عن القضاء بسبب رهنه بدينه فصار كالمتلف له فلزمه قيمته كرهن حق صاحب الدين وهو محل قضائه إلا أنه إن كان وصياً يرجع على الصغير لأنه كان عاملاً له وقد لحقه ضمان بسبب عمله. وكذلك لو زوج الميت أمته وأخذ مهرها فأعتقها الوارث بعد موته قبل الدخول بها فاختارت نفسها وصار المهر ديناً في مال الميت جاز الرهن لأن هذا الدين ثبت على الميت بعد الرهن لأنه ثبت ببطلان النكاح بعد الرهن عند الاختيار والابن ضامن له لأنه بالإعتاق أتلف حق الغريم وهو الزوج. ولو استحق عبداً ابتاعه الميت فرجع المشتري في ميراث الميت بالدين لم يجز الرهن لأنه ظهر أن الرهن وقع وعلى الميت دين لأنه ظهر أن ما قبض الميت من الثمن كان ديناً عليه للمشتري لأنه لم يجب له على المشتري مثل ذلك. قال رحمه الله: **(وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون)** والمراد بالحجرين الذهب والفضة، وإنما جاز رهن هذه الأشياء لإمكان الاستيفاء منها فكانت محلاً للرهن. وفي المبسوط: إذا كان الرهن مثل الدين كيلاً أو وزناً أو أكثر قيمة مثل قيمته أو كثر ذهب بما فيه لأنه صار مستوفياً لمثل حقه، وإن كان أقل قيمة منه لم يذهب بالدين ويضمن المرتهن مثله ويأخذ منه دينه، وكذلك إذا فسد. ولو رهنه كحنطة يساوي مائة بكر دقيق يساوي مائة فضاع الدقيق دفع المرتهن مثله ولم يذهب بالحنطة لأنه أقل كيلاً منها، وكذلك إذا فسد أو رهنه كراً جيداً بكرين رديئين والرهن يساوي كراً ونصفاً منها فهلك قال زفر رحمه الله تعالى: يذهب بكر رديء لأنه لا عبرة بالوجود في أموال الربا فصار الكر الجيد رهناً بكرين رديئن نصفه بهذا ونصه بذاك. وقال أبو يوسف: إن شاء ضمنه مثلي كره وأعطاه الدين، وإن شاء صير الكر بأجد الكرين وأعطاه الباقي لأن الجودة في أموال الربا لها قيمة في غير عقود المعاوضات والرهن عقد استيفاء لا معاوضة حقيقة فصار كمن له الجياد إذا استوفى الرديء ومن له الرديء إذا استوفى الجياد وهلك له أن يرد المقبوض ويستوفي حقه منه فهذا على ذلك. وقال محمد رحمه الله: رجل رهن رجلاً كراً من طعام قيمته ثلاثمائة درهم بكرين قيمتهما مائتان فأصاب الكر الرهن كان منه مائة مضمونة ما نقصه مائة وكيله وافٍ على حاله فعلى المرتهن كر يساوي مائتي درهم وخمسين درهماً لأن الكر الرهن كان منه مائة مضمونة بأحد كري الدين وكانت إحدى هاتين المائتين مضمونة بأحد كري الدين والمائة الأخرى ليست بمضمونة فكان في الرهن فضل مائتين في الجودة وقيمتها ثلاثمائة فمائة منها مضمونة والمائة الأخرى أمانة، فلما أصابه بالنقص من جودته مائة جعلنا نصفها من الأمانة ونصفها

الدين ولا عبرة للجودة.

من الضمان فسقط عنه حصة الأمانة وهي خمسون درهماً وغرم حصه الضمان وهي كر يساوي مائتين وخمسين. ولو هلك نصفه ثم أصاب النصف الثاني ماء فصار يساوي مائة ونقصه الماء خمسين درهماً يغرم المرتهن كراء قيمته مائتين وخمسة وعشرين لأن النصف الهالك كانت قيمته بمائة وخمسين أثلاثاً ثلثه أمانة وثلثاه مضمون فبطل على المرتهن حصة الأمانة ووجب عليه نصف كر يساوي مائة فكان المضمون نصفه. وأما النصف الثاني لما نقصه الماء خمسين من الجودة كانت هذه الخمسون نصفها أمانة ونصفها مضمونة فبطلت عنه حصة الأمانة خمسة وعشرون ولزمه نصف كر يساوي مائة وخمسة وعشرين.

قال رحمه الله: **(فإن رهنت بجنسها وهلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة)** لأنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإنه يصير مستوفياً عنده إذا هلك باعتبار والوزن، قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا. وعندهما أن لم يكن في اعتبار الوزن إضراراً بأحدهما بأن كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك، وإن كان فيه الحاق ضرر بأحدهما بأن كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهناً مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لأنا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه أضررنا بأحدهما، ولو اعتبرنا قيمته وجعلناه مستوفياً باعتبارهما أدى إلى الربا فتعين ما ذكرنا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول إن الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية واستيفاء الرديء بالجيد أو بالعكس جائز عند التراضي به هنا ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان عليه لعدم المطالبة، ولأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين لتعذر النقض، وقيل هذه فروع ما إذا استوفى زيوفاً مكان الجياد ثم علم مكان الزيافة وهي معروفة، وقيل لا يصح البناء لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة في المشهور عنه وفي هذه مع أبي يوسف. وقال قاضيخان: إن البناء صحيح لأن عيسى بن أبان قال: قول محمد أولاً كقول أبي حنيفة وآخر كقول أبي يوسف، ولئن مع أبي حنيفة فالفرق له أن الزيوف في تلك المسئلة قبضه استيفاء لحقه وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من نقض القبض وقد أمكن التضمن. قال في المبسوط: الأصل فيه أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الصباغة والجودة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان بل يعتبر حكمها حكم الوزن ولا يجعل تبعاً للوزن إذا لم يؤد إلى الربا لأنه مال متقوم بنصيبية حقاً للعباد ألا ترى أنه لو أوصى المريض بقلب وزنه عشرة وقيمته بصياغته خمسة عشر وثلث ماله عشرة، فإن لم يكن في ملكه إلا هذا القلب وخمسة عشر ديناراً تصح الوصية بوزن القلب كما لو كان وزن القلب خمسة عشر فقد ألحق الصياغة والجودة بالوزن

....

في الوصية، وكذلك في الرهن فمتى حصل النقصان يكون النقصان شائعاً في الأمانة والمضمون، فما كان في الأمانة ذهب مجاناً، وما كان في المضمون ضمن القيمة ويملك الرهن بقدره. والأصل عند محمد رحمه الله تعالى أن الصياغة تابعة للوزن غير معتبرة بنفسها في حق المداينات والمعاملات وهي معتبرة في المتلفات والمضمونات، ثم ننظر إن كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين إلى الوزن والأمانة إلى الصياغة، وإن لم يكن في الوزن وفاء بالدين وفي قيمته وفاء بالصياغة وجودته تضم إلى الوزن من قيمة الصياغة لأن الصياغة تابعة للوزن وهي بانفرادها لا تصلح لقضاء الدين فكان صرف الدين إلى الوزن أولى من صرفه إلى الضمان إلا عند الضرورة، فإن لم يكن في الوزن وفاء بالدين وكان صرف الدين إلى الوزن فإنه يتم قدر الدين من الصياغة لأنه يجوز أن يجعل البيع أصلاً عند الضرورة. والأصل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن العبرة للوزن دون الصياغة والجودة لأن الوزن أصل والصياغة تبع له لأنها صفة قائمة بالعين والصفة تابعة للأصل فتعتبر تبعاً للوزن إلا إذا تعذر أن تجعل تبعاً للوزن لم تعتبر تبع والحق بالوزن كما في مسئلة الوصية لأنا لو جعلنا الصياغة تبعاً للوزن يصير موصياً بأكثر من ثلث ماله وإنه لا يجوز فلهذه الضرورة لا تعتبر تابعة للوزن، وفي حالة الهلاك الوزن مضمون بالدين لا بالقيمة فكذلك الصياغة تكون مضمونة بالدين، وفي حالة الإنكار الوزن مضمون بالقيمة تبعاً للأصل لئلا يصير التبع مخالفاً للأصل. ثم المسائل على ثلاثة فصول: فصل فيما إذا كان الوزن والدين سواء، فصل فيما إذا كان الوزن أقل من الدين، وفصل فيما إذا كان الوزن أكثر من الدين. وكل فصل ينقسم إلى قسمين: إلى حالة هلاك وإلى حالة انكسار، والقسم الأول على ثلاثة أوجه: إما أن تكون القيمة مثل الوزن أو أقل أو أكثر، وكل قسم من الآخرين على خمسة أوجه: إما أن تكون القيمة مثل الوزن أو أكثر أو أقل كما نبين فصار الكل ثمانية وعشرين وجهاً.

الفصل الأول: رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن هلك بالدين بالاتفاق لأنه مثله وزناً وجودة فتم الاستيفاء بالهلاك وإن انكسر، فإن شاء الراهن أخذ المكسور وقضى جميع الدين، وإن شاء ضمن جميع قيمته من الذهب فكانت رهناً مكانه عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى إن شاء الراهن تملك الرهن بالدين، وإن شاء أدى الدين وأخذ الرهن لمحمد رحمه الله تعالى إن قبض الرهن لم ينعقد موجباً لقيمته العين لأنه صدر عن إذن المالك لا عن تعد فلا يصلح مناطاً لضمان القيمة والعقد موجب الضمان للرهن لأنه به يصير مستوفياً للدين عند الهلاك فلزمه ضمان الرهن، فمتى تعذر إيجاب القيمة لزمه ضمان الدين فجعلته بالدين إلا إذا كان يؤدي إلى الربا أو إلى الإضرار بأحدهما وقد أنعم هنا بهلاكها فجعلته بالدين. ولهما أنه لا وجه إلى أن يهلك المرتهن الرهن بالدين لأن العقد لا

....

ينعقد لتملك الرهن عند الهلاك لا يصير ملكاً للمرتهن بل يهلك على ملك الراهن ولكن المرتهن بالقبض يصير مستوفياً لمالية العين عند الهلاك فكان ضمان الراهن ضمان الاستيفاء، ولا يمكن جعله مستوفياً باعتبار الفائت بالانكسار لأن الفائت هو الجودة دون القدر والاستيفاء إنما يتحقق من القدر دون الجودة، ولا يمكن جعله مستوفياً باعتبار القائم لأنه لا يمكن جعل المكسور ملكاً للراهن وضمان الرهن لا يوجب الملك في العين فدعت الضرورة إلى أن يجعل مضموناً بالقيمة لأن تملك الأعيان بقيمتها مشروع وهذا تفقه وهو أن الراهن إنما رضي بقبضه بشرط ضمان الرهن فإذا تعذر إثباته لعدم رضاه بقبضه فصار كالقلب المغصوب إذا انكسر يكون مضموناً بالقيمة فكذا هذا، فأما إذا كانت قيمته أقل من الوزن إن هلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه فهما اعتبرا القيمة والجودة لا للوزن لأن في اعتبار الوزن وإسقاط الجودة اضراراً بالراهن ولا يجوز الإضرار لصاحب المال بإبطال حقه عن الجودة، وفي جعله مستوفياً لدينه بقدر قيمة القلب معنى الربا وهو استيفاء عشرة بثمانية، فإذا تعذر جعله مستوفياً ضمن قيمته من خلاف جنسه، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى اعتبر الوزن والموزون في جميع الديون فصار مستوفياً لدينه بالهلاك ولا يؤدي إلى إضرار بالمرتهن بغير رضاه لأنه قبل الرهن مع علمه أن من حكم الرهن أنه يصير مستوفياً للدين بهلاكه وصار راضياً باستيفاء جميع الدين بالهلاك متى تساويا في الوزن. وإن كان القلب أقل من قيمة دينه لأن المساواة في أموال الربا معتبرة من حيث القدر والوزن لا من حيث القيمة والجودة، وإن انكسر ضمن قيمته عندهم جميعاً. أما عندهما فظاهر، وأما عند محمد فلأنا لو جعلناه بالدين يؤدي إلى الإضرار. وأما إذا كانت قيمته أكثر من الوزن وهلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند محمد أيضاً لأن في الوزن والقيمة وفاء بالدين فصار بالهلاك مستوفياً لدينه وفي الزيادة أميناً. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: خمسة أسداس مضمونة وسدسه أمانة لأن عنده الصياغة معتبرة ومتقومة إذا لم يؤد إلى الربا فصار كأن الراهن اثنا عشر وزناً فساغ الضمان والأمانة فيهما فصير بقدر الدين مضموناً. وأما إذا انكسر؛ إن انتقض بالانكسار قيمة القلب من العشرة بأن صارت تسعة أو ثمانية ضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن العبرة للوزن عنده وليس في الوزن من وفاء بالدين فلا يمكن إيجاب ضمان الرهن فأوجبنا القيمة. وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ضمن خمسة أسداسه لأن عنده الصياغة معتبرة فتكون قيمة الرهن أكثر من الدين وذلك اثنا عشر فيكون بقدر الدين مضموناً والزيادة أمانة، وعند محمد رحمه الله تعالى إن شاء جعله بجميع الدين، وإن شاء افتكه بجمعية لأنه مضمون بالدين حالة الهلاك فيكون مضموناً بالدين حالة الانكسار كما بينا. وإن لم تنقض قيمة القلب من العشرة بأن كانت قيمته بعد الانكسار عشرة فالمرتهن يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس

....

القلب، وعند محمد رحمه الله تعالى يضمن قدر وزنه لأن الوزن في القيمة وفاء بالدين فلم يصر مستوفياً شيئاً من المضمون فيكون مضموناً بالدين حالة الإنكسار والوزن مضمون بالقيمة فتصير الصياغة كذلك مضمونة بالقيمة تبعاً للوزن، وعند أبي يوسف كلاهما مضمون بالقيمة أصلاً فيكون بعض الرهن مضموناً والبعض أمانة فيشيع الضمان فيهما.

الفصل الثاني: لو كان وزن القلب ثمانية والدين عشرة فهو على خمسة أوجه: إما إن كانت قيمته مثل وزنه أو أقل من وزنه سبعة أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو أكثر من الدين اثنى عشرة، وكل وجه لا يخلو إما إن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في فصول كلها الهلاك بثمانية ويرجع على الراهن بدرهمين والانكسار بالقيمة وفاء وفي الانكسار تعذر إيجاب ضمان الرهن ما بينا وأوجبنا ضمان القيمة، فأما عندهما إن كانت قيمته مثل وزنه يهلك بما فيه ويرجع المرتهن على الراهن بدرهمين بالإجماع، وإن انكسر ضمن قيمته عند أبي يوسف وعند محمد له خيار التمليك بالدين والإفتاك لما بينا. وإن كانت قيمته تسعة فعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه لأن القيمة معتبرة عندهما مع الوزن فالوزن إن كان يفي بثمانية والقيمة لا تفي بثمانية فيخير المرتهن إن شاء رضي بهلاك الرهن بما فيه ثمانية، وإن شاء غرم قيمته تسعة ورجع عليه بدينه، وإن انكسر ضمن قيمته اتفاقاً. أما عندهما فظاهر، وأما عند محمد فلأنه لا يمكن ترك القلب عليه بثمانية من الدين لأنه إذا ترك بثمانية يتضرر به المرتهن لأن قيمة الرهن لا تفي بثمانية، وإن ترك بسبعة من جنسه يؤدي إلى الربا لأنه يصير مستوفياً ثمانية بسبعة، وإن تعذر تركه عنده. وإن كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين بأن كانت تسعة وهلك يهلك بوزنه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدينه لما بينا. وإن انكسر ضمن قيمته الإجماع وإن كانت قيمته أكثر من وزنه ووزنه مثل الدين بأن كانت قيمته عشرة، فإن هلك يضمن قيمته من خلاف جنسه احترازاً عن الربا والضرر، وإن انكسر فالراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه مثل قول أبي حنيفة رحمه الله للتعذر. وعند محمد وإن كانت قيمته أكثر من وزن اثني عشر فعند أبي يوسف رحمه الله إن هلك يغرم خمسة أسداسه ويرجع بدينه لأن الصياغة عنده بمنزله الوزن، ولو كان الوزن اثني عشر يضمن خمسة أسداسه وهو عشرة فكذا هذا. وعند محمد رحمه الله تعالى إن هلك ضمن قدر الدين بخمسة أسداس القلب لأن قدر الدرهمين من قيمة الصياغة؛ أما عنده فلأنه يزيد على الوزن والدين جميعاً ولا ضمان للمالك في الأمانة وإن انكسر انتقص بالانكسار مقدار الزيادة على العشرة فلا ضمان. وإن نقص أكثر من فضل الجودة على الدين وذلك أكثر من درهمين فالراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين وأخذ المكسور وإن شاء ترك عليه بقيمته مضموناً من الذهب غير درهمين من الصياغة أربعة ووزن الرهن لا يفي بالدين فيضمن من قيمة الصياغة ما يتم به الدين وذلك درهمان فصار قدر درهمين من الصياغة

....

مضموناً مع الوزن وقدر درهمين أمانة فيترك القلب عليه بقيمته غير درهمين ولا يترك بالدين لأنه يؤدي إلى الربا لأنه يصير مستوفياً ثمانية بعشرة. وإن جعل مستوفياً ثمانية تضرر به الراهن فأوجبنا عليه القيمة من الذهب تحرزاً عن الربا ونفياً للضرر عن الرهن.

الفصل الثالث: ولو كان الدين عشرة والقلب خمسة عشر فهذا على خمسة أوجه: إما إن كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر من وزنه أو أقل من وزنه أو أكثر من الدين أحد عشر أو مثل الدين عشرة أو أقل من الدين ثمانية، وكل وجه لا يخلوا إما إن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الفصول كلها إن هلك يهلك بما فيه، وإن انكسر فاختار الراهن الترك يترك عليه بخمسة أسداس قيمته من الذهب، وعندهما إن كانت قيمته مثل الوزن إن هلك ذهب ثلثاه بالدين والانكسار بالقيمة لأن المضمون بالرهن قدر ثلثيه وثلثة أمانة وبالإنكسار يضمن قيمة المضمون لأن عنده كان الهلاك والإنكسار بالدين لأنه أمكن جعله بالدين وتمليكه متى كان وزن ثلثيه مقيمته مثل الدين رهناً بالصياغة لم تزدد قيمته على الوزن فلا عبرة للصياغة والعبرة للوزن بعضه مضمون أمانة، فإذا نقص من قيمته بالانكسار وقع التغير بعض المضمون فيتخير، وإن كان قيمته أكثر من وزنه يجوز أن تكون القيمة عشرين، فإن هلك هلك ثلثاه بالدين عندهم جميعاً لأن بثلثيه وفاء بالدين وزناً وقيمته ويهلك ثلثه أمانة، وإن انكسر ضمن ثلثيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن المضمون من القلب عشرة والصياغة تبع للوزن فتصير الصياغة أيضاً مضمونة تبعاً للوزن ويبقى الثلث أمانة عنده، وعند أبي يوسف يضمن نصفه لأن الصياغة عنده بمنزلة الوزن وقيمتها خمسة ووزن القلب خمسة عشر فصار كان وزن القلب عشرين فيترك نصف القلب عليه بنصف قيمته، وعند محمد رحمه الله تعالى ينظر؛ إن كان نقص خمسة أو أقل لم تعتبر ويجبر الراهن على الانفكاك، وإن نقص أكثر من خمسة للراهن أن يسلم للمرتهن الرهن بدينه والباقي له لأن عنده القيمة زادت على الوزن فهي قيمة الصياغة وهي أمانة لأن الأمانة تصرف إلى الصياغة متى ازدادت قيمته على وزنه والفائت قدر الأمانة وبقي الدين بحالة فيجبر الراهن على الفكاك، ومتى انقصت قيمته على الوزن فقد تغير ما هو المضمون فيتخير الراهن، فإن اختار الترك يترك ثلثه بالدين ويسترد الثلث لأنه مهما تملكه بالدين لا يملك بالقيمة عنده، وإن كانت القيمة أقل من وزنه أو أكثر من الدين بأن يكون اثني عشر إن هلك يهلك ثلثاه بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن بالوزن وفاء بالدين وزيادة والزيادة أمانة وعندهما يغرم عن القلب خمسة اسداسه، والأظهر أن يضمن منه قدر الدين لأن قدر الدين مضمون عليه وذلك ثلثاً القلب لأن عندهما العبرة للوزن والقيمة جميعاً وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الدين عشرة والزيادة أمانة. وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ما يساوي عشرة منه لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وقدر المضمون من الوزن عشرة، وعندهما أن اختار الترك يترك عليه عشرة أجزاء من

فصل

....

اثني عشر جزءاً من القلب باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن. وإن كانت القيمة مثل الدين إن هلك يهلك بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن بتخيير لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهي عشرة لأن قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتخير إن شاء جعله هالكاً بما فيه، وإن شاء ضمنه قيمته عشرة من الذهب فيكون رهناً عنده ويكون دينه على حالة نفياً للضرر عن نفسه. وإن انكسر ضمن مقدار ثلثي القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لما عرف، وعندهما يضمن قيمته لأن القيمة معتبرة مع الوزن عندهما وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة. وإن كانت قيمته أقل من الدين بأن كانت ثمانية إن هلك يهلك بثلثي الدين والباقي يهلك أمانة عنده لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وفي الوزن وفاء بالدين وزيادة، وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدنه لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن وفي الزيادة إن كان وفاء بالدين فلا وفاء بالقيمة، وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية فتكون رهناً عنده. وإن انكسر ضمن ثلثي قيمته عنده لما عرف، وعندهما الكل لما عرف رهن عشرة دراهم بيضاً لها صرف وفضل بعشرة سود تهلك بالسود عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت قيمتها خمسة عشر سوداً فقد ضمن ثلثيه وثلثه أمانة كما إذا ارتهن قلباً وزنه مثل الدين وقيمته أكثر منه.

فصل:

ارتهن قلب فضة وزنه خمسون بكر سلم أو أقرض وقيمته من الدين سواء، فإن هلك ذهب بما فيه لأنه بقيمته وفاء بالدين، وإن انكسر فعلى ما وصفنا من رهن قلب وزنه عشرة بدينارٍ وقيمته سواء فانكسر لأن الرهن من خلاف جنس الدين في المسئلتين وثمة يغرم المرتهن قيمته من الذهب فيكون رهناً بالدين والقلب له. وعند محمد رحمه الله تعالى يترك عليه بالدين فكذا هذا خاتم من فضة وزنه درهم وفيه فص يساوي تسعة فرهنه بعشرة فهلك الخاتم فهو بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن تسعة من الدين بإزاء الفص ودرهماً بإزاء الحلقة فتسقط تسعة بهلاك الفص وسقط درهم بهلاك الحلقة لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وهما في الوزن سواء، وكذلك عندهما إذا كانت قيمة الحلقة درهماً أو أكثر لأن الحلقة والدين بمقابلته في الوزن والقيمة سواء. وإن كانت قيمة الحلقة أقل من درهم فإنه يسقط من الدين تسعة بهلاك الفص وللمرتهن خيار في الحلقة لأن العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعاً، وهنا إذا كان بالوزن وفاء فلا وفاء للقيمة. ولو هلك بما فيه من غير خيار لتضرر المرتهن بذلك كما إذا رهن قلباً وزنه عشرة

ومن باع عبداً على أن يرهن المشتري بالثمن شيئاً بعينه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا وإن قال للبائع امسك هذا

بعشرة وقيمته ثمانية وقد هلك يخير المرتهن عندهما فكذا هذا. رهنه قلب فضة بعشرة على أنه إن لم يجئ بالعشرة إلى شهر فهو بيع فالرهن جائز والشرط باطل لأنه علق البيع بالخطر وتعليق التمليك بالخطر لا يجوز ولم يعلق الرهن بالخطر إلا لأنه شرطاً فاسداً والرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة. ارتهن بعشرة دراهم فلوساً تساويها فهلكت فهي بما فيها، وإن انكسرت ذهب من الدين بحسابه لأن الفلوس لم تكن من مال الربا لأنها لم تكن موزونة بل هي عددية والجودة متقومة معتبرة في غير أموال الربا ألا ترى أن من غصب من آخر فلوساً فانكسرت عنده فللمالك أن يضمنه النقصان ولا يجبر الراهن لأنه سقط بعض الدين بسبب فوت الجودة فلا معنى للتخيير بخلاف القلب لأنه لم يسقط شيء من الدين بالانكسار إذا بقي الوزن على حاله فوجب تخيير الراهن نفياً للضرر عنه، وإن كسدت فالدين بحالة لأنه لم يفت شيء من العين بالكساد لا الجودة ولا العين إنما تغير السعر وتغير السعر لا عبرة به. ارتهن طستاً بدراهم وفيه وفاء وفضل فهلك فهو بما فيه وإن انكسر فما كان منه لا يوزن نقص بحسابه لأن للجودة قيمة في غير أموال الربا، وما كان يوزن إن شاء أخذه مكسوراً وأعطاه الدراهم، وإن شاء ضمنه قيمته مصوغاً من الذهب وكان ذلك للمرتهن ويأخذ الراهن القيمة وأعطاه دينه عندهما، وعند محمد يترك بالدين كما في القلب والله تعالى أعلم. قال رحمه الله: (**ومن باع عبدا على أن يرهن المشتري بالثمن شيئاً بعينيه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا**) وهذا استحسان. والقياس أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باعه شيئاً على أن يعطيه كفيلاً حاضراً في المجلس فقبل الكفيل لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ومثله مفسد للبيع ولأنه صفقة في صفقتين وهو منهي عنه. وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق يلائم العقد، فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس وقبل اعتبر فيه المعنى وهو الملايمة فصح العقد وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا لم يبقى معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد. ولو كان الكفيل غائباً فحضر في المجلس وقبل صح. وكذا لو لم يكن الرهن معيناً فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس أو نقد المشتري الثمن حالاً جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز. قوله «فامتنع لم يجبر» أي امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه. وقال زفر رحمه الله تعالى: يجبر لأنه صار بالشرط حقاً من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن. قلت: عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن للبائع الخيار إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع لأنه وصف مرغوب فيه فواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب في البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهناً

الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء

لأن المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته.

قال رحمه الله: **(وإن قال للبائع امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن)** وقال زفر: لا يكون رهناً، ومثله عن أبي يوسف لأن قوله«امسك» ويحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما إذا قال امسكه بدينك أو بمالك علي لأنه لما قابله بالدين فقد عين الرهن. ولنا أنه أتى بما ينبيء عن معنى الرهن وهو الحبس إلى ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعاً للتصريح بموجب البيع كأنه قال له بعتك بكذا. وأطلق في قوله هذا فشمل الثوب المبيع وغيره إذ لا فرق أن يكون ذلك الثوب هو المشتري أو لم يكن بعد أن كان بعد القبض لأن المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهناً بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما إذا كان قبل القبض لأنه محبوس بالثمن وضمانه بخلاف ضمان الرهن فلا يكون مضموناً بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع. ولو كان المبيع شيئاً يفسد بالمكث كاللحم والجمد فأبطأ المشتري وخاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه ووسع المشتري أن يشتريه ويتصدق البائع بالزائد إن باعه بأزيد من الثمن الأول لأن فيه شبهة. وفي المنتقى: رجل له على رجل دين فأعطاه ثوباً فقال امسك هذا حتى أعطيك مالك علي قال أبو حنيفة رحمه الله: هو رهن لأنه أتى بمعنى الرهن وهو الإمساك والحبس لأجل ايفاء الدين واعطائه. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يكون وديعة لا رهناً لأن الإمساك محتمل قد يكون للرهن وقد يكون للوديعة فيحمل على الوديعة لأنها أقل وهي متيقنة والرهن مشكوك فيه، فإن قال امسك هذا بمالك أو قال امسك هذا رهناً حتى أعطيك مالك فهو رهن بالاجماع، ولو قال امسك هذا الألف بحقك واشهد لي بالقبض فهذا اقتضاء لأن الأخذ والقبض بالدين لا يكون إلا لجهة الاقتضاء والاستيفاء. ولو قال امسكها حتى آتيك بحقك فهذا رهن لأنه أمره بالإمساك للإيفاء وذلك لا يكون إلا بجهة الرهن، ولو قضاه الراهن مائة ثم قال خذها رهناً بما كان فيها من زيف أو ستوق فهو رهن بالستوق لا بالزيوف لأن الزيوف يقع بها الاستيفاء وبالستوق لا. رجل رهن رجلاً متاعاً بألف درهم فقال المرتهن للراهن هات لي فقال ارهنه بمالك فرهنه بتسعمائة انفسخ الرهن الأول وانعقد الثاني فكذا هذا كما لو كان ابتاعه بألف ثم باعه بسبعمائة انفسخ الأول وانعقد الثاني. قال رحمه الله: **(ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالمبيع)** قيد بقوله«بألف» فأفاد أنه لم يفصل حصة كل واحد منهما فإن سمى لكل واحد منهما شيئاً من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الأصل لأن العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالبيع. وفي

حصته كالمبيع ولو رهن عينا عند رجلين صح والمضمون على حصة دينه فإن قضى دين

الزيادات: له أن يقبض أحدهما إذا أدى ما سمى له لأن التفرق يثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لأن قبول العقد في أحدهما لا يكون شرطاً لصحة العقد في الآخر حتى إذا قبل في أحدهما صح فيه بخلاف البيع لأن العقد فيه يتعدد بتفصيل الثمن، ولهذا لو قبل البيع في أحدهما دون الآخر بطل البيع في الكل لأن البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما أن العادة قد جرت بضم الرديء إلى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لأن الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الأصح. وقيد بالألف لأنه لو رهن عبدين أحدهما بكذا والآخر بكذا ولم يبين لم يجز؛ هكذا في الفتاوى الغياثية قال رحمه الله: **(ولو رهن عينا عند رجلين صح)** سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين رهناً عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى كل العين في صفقة واحدة ولا يكون شائعاً باعتبار تعدد المستحق لأن موجبه جعله محبوساً بدين كل واحد منهما إذا لا تضايق في استحقاق الحبس ولهذا لو رهن لا ينقسم على أجزاء الدين بل يكون كله محبوساً بكل الدين وبكل جزء من أجزائه فلا شيوخ. قال صاحب العناية أخذاً من النهاية: قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع الدين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والمرهون بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة. والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيداً للملك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس، ويجوز أن تكون العين الواحدة محتسبة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوخ فيه تحرياً للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه؛ إلى هنا كلامه.

أقول: بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند الإمام لأن العين تنقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فيثبت الشيوع ضرورة وقد تقدم بيانه في كتاب الهبة، وكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر. هذا إذا كان مما لا يتجزأ ظاهر، وإن كان مما يتجزىء وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف، فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند الإمام خلافاً لهما * وفي المبسوط: مسائلة على فصول: الأول في رهن رجلين من واحد، والثاني في ارتهان الرجلين من واحد، الثالث في التفاسخ * فصل في رهن رجلين بدين عليهما رجلاً رهناً وأخذه جاز لأن قبض المرتهن يتحقق في الكل من غير شيوع وتفرق أملاكهما يوجب شيوعها في الرهن. فإنه يجوز أن يكون ملك الغير مرهوناً بدين الغير كما لو استعار شيئاً فرهنه لأنهما لما رهنا جملة فقد رضيا

....

بكون كله رهناً لكل واحد منهما بدينه لأنهما قصدا صحة الرهن ولن يصح إلا بأن يجعل كل واحد منهما راهناً كله بدينه تصحيحاً للرهن لأنه يحتال لتصحيح العقد ما أمكن وهذا ممكن ألا ترى أن من رهن عبداً آخر بإذنه بألف صار راهناً كله بكل درهم مثلاً حتى لو قضى كل الدين إلا درهماً بقي كل العبد رهناً بذلك الدرهم فكذا هذا، ويعتبر اتحاد صفقة الرهن واختلافهما ولا يعتبر اختلاف الدينين واتفاقهما حتى لو رهن بدينه عيناً في صفقتين لم يجز لاختلاف صفقة الرهن فيمكن الشيوع في كل صفقة. ولو مات أحد الراهنين فورثه الآخر فالرهن على حالة لأن الوارث يقوم مقام المورث في حقوقه وأملاكه والرهن لا يبطل بموت الراهن ولا بموت المرتهن فيبقى الرهن على حاله. ومن رهن مالين بدين واحد وقيمة المالين سواء صار كل واحد منهما رهناً بنصف الدين، فلو ارتهن رجلان من رجل رهناً والدينان فختلفان أو لما لأن كانا مختلفين جاز ولكل واحد منهما قدر دينه فيما بينهما لأن الدين أضيف إلى كل العبد ولا شيوع فيه كأنه رهن لكل منهما ولم برهن البعض من هذا والبعض من هذا وموجبه صيرورته محبوساً بالدين، وهذا مما يقابل الوصف بالتجزي فصار محبوساً لكل واحد منهما بكماله فيمسك هذا يوماً والآخر يوماً، وصار كل واحد منهما في اليوم الذي يمسك كالعدل في حق الآخر، فإذا هلك صار كل واحد منهما مستوفياً بقدر حصته لأن الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزي، ولو قضى الراهن دين أحدهما ليس له أخذ شيء من الرهن وللآخر أن يمسكه كله حتى هذا يستوفي دينه لأن العين صارت محبوسة لكل واحد بكماله والعين الواحدة تجوز أن تصير كلها محبوسة بحق هذا، وعلى هذا لو اشترى رجلان شيئاً واحداً وأدى أحدهما حضته لم يكن له أن يقضيه شيئاً وللبائع أن يحبسه كله حتى يستوفي ما على الآخر، فإن هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه لما ذكرنا. ولو تفاسخ الراهن والمرتهن فما لم يقبضه الراهن فهو رهن يمسكه المرتهن لأن نقض الرهن لا يصح إلا بنقض القبض كالرهن لا يصح إلا بالقبض لأن نقض الشيء ضد العقد حكماً، ولو بدا للراهن أن يتركه فللمرتهن أن يرده لأن الرهن غير لازم في حق المرتهن. رهن اثنان لم يكن لأحدهما أن يسترده بدون الآخر لأن أحدهما متى انفرد بالرد أبطل حق الآخر فإن حق الآخر بقي في النصف شائعاً والرهن في نصف شائع باطل، وإنما جعل الرهن منهما رهناً من كل واحد منهما على الكمال ضرورة تصحيح العقد تحرياً للجواز والضرورة في تصحيح العقد لا في تصحيح الفسخ فيعتبر الفسخ متجزئاً فمتى انفرد أحدهما بالفسخ يبقى في حق الآخر الرهن في جزء شائع وكان في نقضه نقض الرهن في الكل فلا يملكه. ولو نقض أحد شريكي المفاوضة جاز لأن تصرف أحدهما كتصرفهما حتى يكون رهن أحدهما كرهنهما فكذا نقض أحدهما كنقضهما، ولا يملكه أحد شريكي العنان لأنه ليس تصرف أحدهما كتصرهما حتى لا يجعل رهن أحدهما كرهنهما، فإن نقضه وقبضه وهلك عنده ولم يباشر العقد بإذن شريكه كان

....

المرتهن ضامناً حصة من لم ينقض ويرجع بدينه عليهما وبنصف القيمة التي ضمن على الذي قبض منه الرهن. طعن عيسى فقال: لا يرجع على المرتهن بما ضمن على القابض إلا إذا ادعى الوكالة من صاحبه ودفع إليه المرتهن من غير تصديق. قيل في الجواب عنه بأن عقد الشركة بينهما من حيث الظاهر يصير بمنزلة دعوى الوكالة فإن قيام الشركة بينهما خلل ظاهر لأن لكل واحد منهما حق النقض على صاحبه فصار المرتهن مغروراً من جهته اعتماداً منه على أن لأحد الشريكين النقض لقيام الشركة بينهما فيرجع بذلك، وقيل: تأويله إذا قال وكلني صاحبي بقبض نصيبه وكذبه المرتهن أو لم يكذبه ولم يصدقه؛ كذا في المستودع. وذكر الفقيه أبو الليث في العيون: رجلان لكل واحد منهما ألف درهم على رجل فارتهنا منه أرضاً بدينهما وقبضاها ثم قال أحدهما إن المال الذي لنا على فلان باطل والأرض في أيدينا تلجئة قال الفقيه أبو الليث وأبو يوسف رحمه الله: بطل الرهن لأن الدينين وإن اختلفا ولكن الرهن بهما واحد فإذا اعترف أحدهما ببطلان الدين والرهن بطل الرهن أصلاً. وقال محمد الله تعالى: لا يبطل الرهن ويبرأ من حصته من الدين والرهن بحاله لأن الدينين مختلفان والرهن إنما يصح بهما حقاً لهما فإقراره يصح مبطلاً لحق نفسه دون حق شريكه فبطل حق المقر في الدين والرهن وبقي حق الآخر فيهما على حاله. الجامع: لرجل على رجلين دين على أحدهما ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة فرهن عبداً يساوي ألفين وهلك العبد صار كل واحد منهما موفياً أربعة أخماس دينه ويرجع من عليه الدراهم على الآخر بأربعين درهماً ويرجع عليه الآخر بأربعمائة درهم، ولا تصح المقاصة إلا برضاهما لأن الرهن أقل من الدين والدين ألفان وخمسمائة والرهن ألفان فإذا هلك ذهب من الدين قدر قيمته وذلك ألفان وبقي خمسمائة وألفان أربعة أخماس الدين فصار كل واحد منهما بالهلاك قابضاً أربعة أخماس دينه وذلك ثمانمائة نصفه من نصيبه من العبد ونصفه من نصيب صاحبه لما ذكرنا أن كل واحد من الراهنين صار راهناً جميع العبد بدينه فصار من عليه الدراهم قاضياً ثمانمائة درهم نصفها من مال صاحبه وذلك أربعمائة فيرجع عليه صاحبه بذلك لأن من قضى دين غيره بأمره فله أن يرجع بما قضى عليه، والمقاصة لا تصح من الجنسين المختلفين إلا أن يتقاصا ويخرج على هذا الأصل ولو كان الدين ثلاثة آلاف على أحدهم ألف وخمسمائة وعلى الآخر ألف وعلى الثالث خمسمائة فرهنوا بذلك عبداً بينهما أثلاثاً وقيمته ألفان فهلك في يده صار كل واحد منهما قاضياً ثلثي دينه وبقي عليه ثلثه إلا أن كل واحد منهما صار قاضياً ثلثي دينه ثلث ذلك من نصيبه وثلثه من نصيب صاحبه فيرجعان على القاضي بما قضى دينه من نصيبهما على نحو ما ذكرنا والله اعلم.

قال رحمه الله: **(والمضمون على حصة دينه)** لأن كل واحد منهما يصير مستوفياً بالهلاك

أحدهما فالكل رهن عند الآخر وبطل بينة كل واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده

وليس أحدهما بأولى من الآخر فينقسم عليهما لأن الاستيفاء مما يقبل التجزي قال في العناية. أخذاً من النهاية: اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصود من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء الحكمي فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه، وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده. وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باقٍ ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف ماليه الرهن فإن فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً اهـ. قال رحمه الله: **(فإن قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر)** وكان كله محبوساً بكل جزء من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقياً كما إذا كان المرتهن واحداً وكالبائع إذا أدى حصة بعض المبيع فإذا رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز والرهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فصار نظير البائع وهما نظير المشتريين. قال رحمه الله: **(وبطل بينة كل واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده وقبضه)** معناه أن رجلاً في يده عبد وأقام رجلان بينة أنه رهنه العبد الذي في يده فهو باطل لأن كل واحد منهما أثبتت بينته أنه رهنه كل العبد ولا يتصور ذلك لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا وكله رهناً لذاك في حالة واحدة فيمتنع القضاء به لأحدهما العدم الأولوية ولا وجه إلى القضاء بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا، ولا يمكن أن يقدر كأنهما ارتهناه معاً استحساناً لجهالة التاريخ لأن ذلك يؤدي إلى العمل بخلاف ما اقتضاء الحجة لأن كلاً منهما أثبت ببينته حساً يكون وسيلة إلى تملك شطر بالاستيفاء فلا يكون عملاً على وفق الحجة فكان العمل بالقياس أولى لقوة أثره المستتر وهو أن كل واحد منهما أثبت الحق ببينته على حدة ولم يرض بمزاحمة الآخر. قال في العناية: وهو أحد الوجوه في هذه المسئلة وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا أو في يد واحد منهما، فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عنده كما في الشراء كما تقدم إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو والمذكور في الكتاب أولاً وكلامه فيه واضح، وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى، وإن لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر من القياس والاستحسان. قال محمد في الأصل: وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب ا هـ. أقول: بخلاف ما إذا ارتهنا جملة لأن العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا أثبت كل واحد منهما عقداً آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز بخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما تبين من الفرق فإذا وقع باطلاً فإذا هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له. هذا إذا لم يؤرخا، فإذا أرخا كان

وقبضه ولو مات راهنه والعبد في أيديهما وبرهن كل واحد على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه.

باب الرهن يوضع على يد عدل

وضعنا الرهن على يدي عدل صح ولا يأخذه أحدهما منه ويهلك في ضمان المرتهن

صاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه اثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد كذا إذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد وقد تقدم لها مزيد بيان مع جوابهما. قال رحمه الله: **(ولو مات راهنه والعبد في أيديهما وبرهن كل واحد على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه)** وهذا استحسان وهو قول أبي حنيفة ومحمد في القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لأن المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الأصلي لعقد الرهن فيكون الحكم به حكماً بعقد الرهن إذا لا يثبت الحكم بدون علته وأنه باطل بالشيوع كما في حال الحياة والحبس في الشائع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله فصار كما لو ادعى رجلان نكاح امرأة وادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل فإن البينتين يتهاترتان في حالة الحياة، وقبلناها بعد الممات لأنا حكمنا في حالة الموت بثبوت ملك المال وهو يقبل الشركة والانقسام. وقوله «والعبد في أيديهما» وقع اتفاقاً حتى لو لم يكن العبد في أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم يذكر اليد في المسئلة الأولى فلو تركه هنا لكان أولى والله تعالى أعلم.

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر هذا الباب الأحكام الراجعة إلى ما بينهما وهو العدل لما أن حكم النائب أبداً يقفو حكم الأصيل. ثم إن المراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده. وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيداً آخر حيث قالا: ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل. أقول: لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب وإلا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الإجل ليس بأمر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي: ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأثور بالحفظ فقط اهـ. قال رحمه الله: **(وضعنا الرهن على يدي عدل صح)** ولم يبين المؤلف العدل الذي يصح وضع الرهن على يده والذي لا يصح. قال في الغياثية: لو شرط المأذون أن يكون رهنه عند مولاه لم يجز، مديوناً كان أو غير مديون. ولو شرط المولى أن يكون رهنه عند عبده المأذون أو المكاتب جاز، ولو شرط أحد شريكي المفاوضة أو العنان

....

أو المضارب أو رب المال أن يكون عند الشريك الآخر وعند المضارب أو رب المال لم يجز. ولو اشترى لابنه الصغير وشرط في الرهن بالثمن أن يكون عند الأب لم يجز، ولو أعطاه الكفيل رهناً وشرط أن يكون عند الأصيل أو العكس جاز. ولو كان الرهن في يد عدل غائب أودعه عند من في عياله فإنه يطالبه بالدين إلا أن ينكر الإيداع أو يدعي لنفسه، وإن كان لا يدري أين هو حلف المرتهن على العلم بالهلاك ويأخذ دينه، ولو كان الرهن في يد عدلين سأتي بيانه. ولم يعرف المؤلف العدل قالوا في تعريفه: هو الذي يقدر على البيع والايفاء والاستيفاء مسلماً كان أو ذمياً أو حربياً مستأمناً ما دام في دارنا، فلو كان العدل غير عاقل فموضع الرهن على يديه لم يكن رهناً لأنه لم يصح منه البيع والايفاء والاستيفاء فلغا العقد عن الفائدة؛ كذا في المحيط. وسيأتي لو كان العدل عبداً محجوراً أو صبياً. وقال زفر وابن أبي ليلى: لا يصح الوضع عند العدل لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع إليه إذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعدما ضمن العدل قيمته بما ضمن المستحق فانعدم القبض. ولنا أن يده يد المالك في الحفظ لكون العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزله شخصين لتحقق ما قصداه لأن كلاً منهما أمره فصارت يده كيدهما، ولهذا لا يكون لأحدهما أن يأخذ منه على الخصوص. ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يسترده منه، ويجوز أن يجعل اليد الواحدة في حكم يدين ألا ترى أن الساعي جعلت يده كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى إذا هلكت الزكاة في يده أجزأته. ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقض المال وتم الحول على التناقض يتم النصاب بما في يد الساعي كأنه في يد المالك فتجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده، ولو لم يجعل كأنه في يد المالك لم يتم النصاب، ولو لم يجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وإنما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لأن هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من الراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف ما إذا أنفق البائع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث تكون يده يد البائع فحسب لأن في جعله نائباً عن المشتري يعتبر موجباً للعقد، فإن موجب عقد المبيع أن تكون يد البائع على المبيع يد نفسه في حق العين والمالية جميعاً لأنه ليس بنائب عن المشتري بوجه ما. وإذا كان في جعله نائباً عنهما يغتبر حكم البيع اعتبر نائباً عن البائع لأن اليد كانت له في الأصل ولا كذلك الرهن لأن عينه أمانة في يده بل في يد المرتهن أيضاً والمالية هي المضمونة وهي في حق المرتهن فأمكن أن يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تعيين موجبه.

قال رحمه الله: **(ولا يأخذه أحدهما منه)** أي من العدل لأنه تعلق به حقهما لأن حق الراهن تعلق بالحفظ بيده وأمانته وحق المرتهن في الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما إبطال حق الآخر، ولو شرطا أن يقبضه المرتهن ثم جعلاه على يدي عدل جاز لأن ما جاز للعدل أن

فإن وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حول الدين صح فإن شرطت

يقوم مقام المرتهن في الابتداء فكذلك في البقاء. ولو دفع العدل الرهن إلى الراهن أو المرتهن يضمن لأنه متى دفع إلى المرتهن فقد دفع الأمانة بغير إذنه كما لو دفع إلى أجنبي ومتى دفع إلى الراهن فقد أبطل ملك اليد والحبس على المرتهن فإنه يثبت له ملك اليد والحبس بقبض العدل، وإبطال ملك السيد كإبطال ملك العين في ايجاب الضمان، فإن من أتلف الرهن يضمن للمرتهن كما يضمن للراهن، وإن قبضا القيمة من العدل وجعلاها رهناً في يد العدل ثم قضى الراهن دين المرتهن فأراد أن يأخذ القيمة من العدل ينظر؛ إن كان العدل ضمن بدفع الرهن إلى الراهن ليس له ذلك لأنه وصل إليه حقه فتبقى القيمة للعدل، وإن كان ضمن بدفع الرهن إلى المرتهن والراهن أخذ القيمة منه لأنه لو كان الرهن قائماً بعينه في يده بعد قضاء الدين فللراهن أخذه، وكذلك أخذ بدله. ثم العدل هل يرجع بالقيمة على المرتهن ينظر؛ إن كان دفع الرهن إليه على وجه العارية والوديعة لا يرجع بقيمة ما دفع إليه إن كان هلك الرهن في يد المرتهن إن العدل لما ملك القيمة فقد ملك الرهن بالضمان فصار معيراً ومودعاً ملكه، فإن دفع إليه رهناً بأن قال خذ هذا رهنك خذه فاحسبه يرجع العدل عليه بالقيمة لو هلك في يده لأنه ملكه بأداء الضمان وقد دفع إلى المرتهن بجهة مضمونة وهي الرهن فصار كما لو دفعه إليه على سوم القرض والبيع، وهذه التعريفات ذكرها الفقيه أبو جعفر الهنداوي رحمه الله تعالى. ولو كان العدل رجلين والرهن مالاً يقسم فوضعاه عند أحدهما جاز ولم يضمنا لأن اجتماعهما على حفظ جميع الرهن في الأوقات كلها وهو لا يقسم متعذر فلم يبق إمكان الحفظ إلا بالتهايؤ ومطلق الأمر بالحفظ يتصرف إلى حفظ يمكن بدلالة إحالة الأمر وذلك بالتهايؤ، والثابت دلالة كالثابت نصاً فجعل الدفع إلى أحدهما بإذن المالك فلم يضمنا. وإن كان مما يقسم يضمن القابض بالإجماع ويضمن الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما على ما عرف في الوديعة. قال رحمه الله: **(ويهلك في ضمان المرتهن)** لأن يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة، ولو دفع العدل الرهن إلى أحدهما ضمن لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الاجنبي، وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه إما بإتلافه أو بدفعه إلى أحدهما وأتلفه المدفوع إليه لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهناً في يده لأن القيمة واجبة عليه فلو جعلها رهناً في يد يصير قاضياً ومقتضياً وبينهما تنافٍ ولكن يأخذانها منه ويجعلانها رهناً عنده أو عند غيره فيجوز، فإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي ليفعل ذلك، فإن جعل القيمة رهناً برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين فقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: **(فإن وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حول الدين صح)** لأن الراهن مالك فله أن يوكل من شاء من الأهل ببيع ماله مطلقاً ومنجزاً

في عقد الرهن لم ينعزل بعزله وبموت الراهن والمرتهن وتبطل بموت الوكيل حتى لا

لأن الوكلة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الإسقاطات لأن المانع من التصرف حق المالك، وبالتسليط على بيعه أسقط حقة، والإسقاطات يجوز تعليقها بالشروط. ولو أمر ببيعه صغيراً لا يعقل فباعه بعد ما بلغ لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقالا: يصح لقدرته عليه عند الامتثال هو يقول إن أمره يقع باطلاً لعدم القدرة وقت الأمر فلا ينقلب جائزاً. قال رحمه الله: **(فإن شرطت في عقد الرهن لم ينعزل بعزله وبموت الراهن والمرتهن)** لأن الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقة الا ترى أنها الزيادة الوثيقة فلزم بلزوم أصله ولا يتعلق به حق المرتهن وفي العزل إبطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي، ولو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه، وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي لموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لأن الرهن لا يبطل بموته، ولو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الوكيل لما عرف في موضعه، وهذه الوكالة بخلاف المفردة من وجوه منها ما ذكرنا، ومنها أن الوكيل هنا إذا امتنع عن البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة، ومنها أن هذا يبيع الولد والأرش بخلاف المفردة ومنها أنه إذا باع بخلاف جنس الدين له أن يصرفه إلى جنس الدين بخلاف المفردة ومنها أن الرهن إذا كان عبداً وقتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل أن يبيعه بخلاف المفردة، وإنما لم ينعزل بعزل المرتهن لأنه لم يوكله فكان أجنبياً عنه بالنسبة إلى الوكالة. وهذا إذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره أولى أن لا ينعزل.

وقيد المؤلف بقوله: «شرطت في عقد الرهن» فلو كانت بعد عقد الرهن ذكر الكرخي في مختصره للراهن أن يعزله وينعزل بموته لأن التوكيل بالبيع وقع منفرداً عن الرهن. وإنما جعلناها من توابع الرهن لكونها مشروطة فيه، فإذا لم تشترط في الرهن اعتبرت وكالة مبتدأة، وروي عن أبي يوسف أنه لا ينعزل وهو اختيار بعض مشايخنا لأن المشروط بعد الرهن التحق بالعقد لأن اشتراط البيع حتى يوفي دينه من ثمنه زيادة إيفاء وتأكيد شرط في الرهن لأنه يثبت في الرهن إيفاء حكمي وباشتراط البيع فيه ثبت أيضاً حقيقي وكان اشتراط زيادة أيضاً، والزيادة في المعقود عليه تلتحق بأصل العقد وصار كالمشروط فيه ابتداء وكالزيادة في الثمن. ولو مات العدل بطلت الوكالة حتى لو أوصى ببيعه لم يجز والرهن على حاله لأن الراهن رضي ببيعه ولم يرض ببيع غيره وقد وقع العجز عن البيع بنفسه ونائبه فبطلت الوكالة ضرورة، والرهن لا يبطل لأن العدل نائب عن الراهن والمرتهن في الإمساك والحفظ والرهن لا يبطل بموتهما فبموت نائبهما أولى. ولو اجتمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل

....

آخر وقد مات الأول أو على يدي المرتهن جاز لأن الحق لهما، فإن اختلفا وضعه القاضي على يدي عدل وإن شاء على يدي المرتهن لأنه ليس للراهن والمرتهن حق في الإمساك والحفظ فينصب القاضي عدلاً آخر يمسكه ويحفظه نائباً عنهما لأن القاضي نصب لإيفاء حقوق الناس، وإذا علم القاضي أن المرتهن يتهم العدل في العدالة لم يضعه على يديه وإن كره الراهن لأنه لما كان له ولاية الوضع على يدي عدل آخر مع إباء الراهن فكذا له ولاية الوضع على يدي المرتهن، فأما إذا أراد أن يضعه على يدي الراهن ذكر في بعض الروايات ليس له ذلك لأنه لا يفيد لأن المقصود من الرهن الاستيفاء وذلك بأن يضجر الراهن بإمساك الرهن عنه فيسارع في قضاء دينه وذلك لا يحصل متى كان الرهن في يده فيكون الوضع في يده اشتغالاً بما لا يفيد. وذكر في بعض الروايات له ذلك لأن الضجر لم يثبت من كل وجه لأن العين وإن كانت في يده لكن بقي ممنوعاً عن الانتفاع به فالحجر عن الانتفاع مما يضجره، وبإزاء ما فات من الضجر حصل للمرتهن منفعة أخرى وهو أنه متى هلك في يد الراهن لا يسقط من دينه كما لو أعاره منه وهلك في يده، ولذا لو جعلاه على يد عدل أو سلطا رجلاً آخر على بيعه وسلم الثمن إلى المرتهن أو سلط المرتهن على بيعه جاز وليس له فسخه وعزله لما بينا. ولو عزلا العدل سلطا غيره أو لم يسلطا جاز لأنهما لو اتفقا على فسخ الرهن جاز فكذا على ما شرط فيه ومن التسليط على البيع المرتهن لو قبضه وجعل الراهن مسلطاً على بيعه جاز لأن الرهن أوجب حكمه وهو الحبس دائماً حين قبضه المرتهن، فإذا فات القبض والحبس بعد ذلك فيتصور عوده في كل زمان لأن للمرتهن حق استرداده ولا يقبطل عقد الرهن لأن فوات حكم العقد على وجه يتوهم ويرجى عوده لا يوجب بطلان العقد كما لو أعار من الراهن. وهذا إذا شرطا بعد الرهن، فأما إذا شرطا في الرهن أن يكون العدل هو الراهن لا يصح الرهن وإن قبضه المرتهن لأنه شرط في الرهن أن يكون الرهن عنده ساعة فلا يجوز كما لو قال يوماً ويوماً لا. ارتهن داراً وسلط الراهن رجلاً على بيعها وإيفاء الثمن ولم يقبضها المرتهن لم يكن رهناً لعدم قبضه بنفسه ولا بنائبه وبيع العدل إياها جائز بالوكالة والثمن يدفع إلى الراهن، فإن دفعه إلى المرتهن لم يضمن وينعزل العدل بموت الراهن والرهن أسوة الغرماء لأن الرهن لم يصح فلم يتعلق حق المرتهن بالثمن إلا أنه أمره بالبيع وبقضاء الدين من الثمن والمأمور بقضاء الدين إن شاء دفع إلى الآمر، وإن شاء دفع إلى الغريم، ويكون هذا وكيلاً محضاً حتى لا يجبر العبد على البيع وينعزل بموت الآمر لأنه شرط البيع في رهن غير لازم فلا يكون البيع لازماً. ولو قتل العبد المرهون عبد العدل المسلط على بيعه أو فقأ عينه عبد فدفع مكانه فهو مسلط على بيعه بمنزلة الأول لأن العبد المدفوع صار رهناً لأن حق المرتهن كان ثابتاً في الأول والبدل قائم مقام الأول فثبتت ولايته في الثاني حسب ثبوت ولايته في الأول بخلاف الوكيل المفرد لأنه ما ثبت له حق بيع الأصل حتى يسري إلى بدله. ولو كان العدل

يقوم وارثه ولا وصيه مقامه فإن حل الأجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه

عبداً محجوراً أو غير محجوراً أو صبياً عاقلاً مأذوناً وغير مأذون جاز، ولا تلزمهما العهدة إلا بإذن المولى والولي لأنهما لا يؤاخذان بضمان الأقوال إلا بإذن المولى والولي.

قال رحمه الله: **(وتبطل بموت الوكيل حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه)** لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره. وعن أبي يوسف أنه إن وصى الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فيملك الوصي كالمضارب إذا مات والمالية عروض يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار عروضاً. قلنا: الوكالة حق على الوكيل فلا تورث عنه لأن الإرث يجري في حق له لا في حق عليه فوجب القول ببطلانها لا بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب فيورث عنه فتقوم الورثة مقامه فيه، ولأن المضارب له ولاية التوكيل في حياته فجاز أن يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالأب في مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته. ولو أوصى لرجل بيعه لم يصح إلا إذا كان مشروطاً له في الوكالة فيصح لأنه لازم بوضعه. وفي الذخيرة: لو مات العدل بطل التسليط. وفي السراجية: العدل المسلط على البيع إذا باع البعض بطل الرهن في الباقي، وإذا باع العدل الرهن ووقع الاختلاف بين الراهن والمرتهن والعدل في مقدار الثمن فقال العدل بعت بمائة فأعطيتها المرتهن وقال المرتهن باعه بخمسين فالقول للمرتهن مع يمينه؛ كذا في الخانية، وإن أقام البينة فالبينة بينة الراهن، وإذا كان العدل مسلطاً على البيع إذا حل الأجل فقال المرتهن كان الأجل إلى شهر رمضان وقد دخل شهر رمضان وقال الراهن إلى شوال فالقول قول الراهن في وقت حلول الأجل القول قول المرتهن، وإذا باع العدل بالنسيئة جاز البيع من غير تفصيل؛ كذا في الأصل. وفي غيره: إذا باع بنسيئة غير معهودة بأن باع إلى عشر سنين ينبغي أن لا تجوز عندهما. وقال القاضي أبو علي النسفي: إن تقدم من الراهن ما يدل على البيع بالنقد بأن قال المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني فبعه حتى أوفيه فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة ما لو قال بعه فإني محتاج إلى النفقة. وفي الذخيرة: لو كان المرتهن هو العدل فقال له الراهن بعه واستوف دينك من ثمنه فباعه بالنسيئة يجوز كيفما كان. وقال شمس الأئمة السرخسي: لو لحق العدل جنون يقع الإياس من إفاقته فينعزل، وإن كان يرجى إفاقته لا ينعزل حتى إذا عاد عقله إليه له أن يبيع، وإن باع في حال جنونه لا يصح، والعدل في حق العين كالمودع فما جاز للمودع جاز للعدل. ولا يملك أن يسافر بالرهن إذا كانت الطريق مخيفة، وإذا كان الطريق آمناً وقيد بالمصر لا يملك السفر، وفي الغياثية: إذا مات المرتهن يبيع العدل العين المرهونة بحضرة الورثة، ولو باع العدل ثم رد عليه بعيب رجع به على الراهن إلا أن يكون الرد عليه بإقراره بعيب جاز إن يحدث في المدة. ولو صدقه الراهن بالعيب في يده يرجع به عليه، ولو اختار العدل أحدهما فأفلس ليس له أن يرجع على الآخر. ولو قال

كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب إذا غاب موكله أجبر عليها وإن باعه العدل

المرتهن كان قيمته يوم الرهن كذا ثم ادعى النقصان لم يصدق ولا يرجع بالنقصان إلا إذا كان تراجع السعر في تلك المدة معروفاً، ولو قال العدل بعت وقبضت الثمن وهلك عندي أو دفعته لك صدق عليه. وفي الخانية: رهن شيئاً بدين مؤجل وسلط العدل على بيعه إذا حل الأجل فلم يقبض العدل الرهن حتى حل الدين فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية، ولو رهن شيئاً بدين مؤجل وسلط العدل على البيع مطلقاً ولم يقل عند حلول أجل الدين فللعدل أن يبيعه بعد ذلك. وفي المنتقى والذخيرة، بشر عن أبي يوسف: رهن من آخر عبداً ووضعاه على يد عدل وغاب الراهن فقال المرتهن أمرك ببيعه وقال العدل لم يأمرني ببيعه قال لا أقبل بينة المرتهن عليه. وفي الاملائيات: العدل أوصي إلى رجل ببيع الرهن لم يجز إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعته فحينئذ يجوز لوصيه بيعه، ولا يجوز للوصي أن يوصي إلى ثالث. روى الحسن عن أبي حنيفة أن وصى العدل يقوم مقام العدل في البيع، وروى ابن مالك عن أبي يوسف إن وصى العدل يقوم مقام العدل في البيع بمنزلة المضارب بموت والمال عروض فإن وصيه يقوم مقامه في البيع. قال الحاكم أبو الفضل: هذا الجواب خلاف جواب الأصل شرح الطحاوي فإن سلط العدل على البيع وأداء الثمن منه جاز بيعه عند أبي حنيفة فيما عز وهان وبأي ثمن كان من قبيل المطلق بالبيع، فإن باعه بجنس الدين فإنه يقضي دينه من الثمن، وإن باعه بخلاف جنس الدين فإنه يبيع الثمن بجنس الدين ويقضي دين المرتهن. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه بالدراهم والدنانير بمثل قيمته أو أقل بقدر ما يتغابن الناس فيه، فإن باعه بجنس الدين قضى به الدين، وإن باعه بخلاف جنسه صرفه بجنس الدين وقضى الدين. وذكر في الأصل: إذا كان المرتهن مسلطاً على البيع فأقام بينته أنه باع بسبعين وأقام الراهن بينته أنه مات في يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن. وقال أبو يوسف: يؤخذ ببينة الراهن ولما ظهر أن العدل وكيل عبر عنه بلفظ الوكيل.

قال رحمه الله: (**فإن حل الأجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب إذا غاب موكله أجبر عليها**) لأن الوكالة بالشرط في عقد الرهن صارت وصفاً من أوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولأن حق المرتهن تعلق بالبيع وفي الانتفاع إبطال حقه فيجبر عليه كما في الوكيل بالخصومة إذا غاب موكله، والجامع بينهما أن في الانتفاع فيهما إبطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لأن للموكل أن يبيع بنفسه ولا يبطل حقه، أما المدعي فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه. وقوله «وغاب الراهن» يظهر أنه قيد في جبر العدل على البيع وليس كذلك. قال في المحيط: ولو أبى العدل البيع وقد سلط عليه يجبره القاضي على بيعه لأن الوكالة صارت حق المرتهن حتى لو

....

أراد العدل استرداد الرهن للراهن حتى يبطل الإيفاء منع من ذلك. والعدل يفارق الوكيل المفرد بالبيع في أربعة أشياء قدمنا ثلاثة منها، والرابع العدل يملك المصارفة بالثمن إذا باع العين بخلاف جنس الدين بخلاف المفرد لأن العدل مأمور بقضاء الدين فيملك المصارفة بالثمن من جنس الدين حتى يملك إيفاء الدين كما لو قال لآخر اقض ديتي من داري كان مأموراً ببيع الدار وبإيفاء الدين من ثمنها. وكل العدل ببيع الرهن وكيلاً فباع جاز إن كان حاضراً، وإن كان غائباً لم يجز إلا أن يجيزه بعد البيع كما في الوكيل المفرد على ما مر، وكذلك لو قدر العدل للوكيل ثمناً جاز مطلقاً، وقيل هو على التفصيل الذي ذكرنا، وقيل فيه روايتان: في رواية الوكالة أنه لا يجوز إلا أن يبيع بحضرته أو بإجازته، وفي رواية الكتاب يجوز مطلقاً لأن هذا بيع حضره رأي الأول لأن الرأي إنما يحتاج إليه من الأول لتقدير الثمن لأن ثمن الشيء لا يعرف إلا بالرأي، فإذا قدر الأول الثمن وقد باع الثاني بذلك المقدار فقد حضر رأي الأول، وإن لم ينعقد بعبارته والشرط أن يكون برأيه ونطقه فصار كما لو باع بحضرته. وجه رواية الوكالة أن هذا بيع لم يحضره الأول لأن رأي الأول بالثمن الذي قدر تعلق بعدم العلم برغبة المشتري في الزيادة في ثمن المبيع وبعدم زيادة رواج السلعة لأن الأول متى علم من المشتري الرغبة في المبيع بالزيادة على الثمن المذكور لا يجبره في ذلك فيكون في ذلك احتمال فلا يثبت رأي الأول بالشك والاحتمال بخلاف ما لو أجاز فإن الثاني لا يصير مؤتمناً حال غيبة الأول ضرورة صحة الإجازة فإنه لا بد من الحكم بصحة الإجازة إذا حصلت الإجازة ممن يملك الإنشاء، وائتمان الأجنبي يثبت حالة الضرورة كالمودع إذا دفع الوديعة إلى الأجنبي حالة الخوف والفرق جاز، وفي غير هؤلاء لو صار الثاني مؤتمناً فإنما يصير مؤتمناً ضرورة صحة التوكيل ولا ضرورة إلى الحكم بصحة التوكيل لأنه ليس إنشاء عقد ولا إجارة، وائتمان الأجنبي من غير ضرورة لا يجوز فكانت هذه الرواية أصح. باعه أجنبي فأجازه الراهن والمرتهن وأبى العدل، ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز لأن الحق لهما لا يعدوهما لأن الملك للراهن والحق للمرتهن فيشترط اجتماعهما على الإجازة، فإذا أجاز أجاز وكان ذلك إخراجاً للعدل عن الوكالة وتوكيلاً للآخر بالبيع ولهما ذلك كما لو كان للراهن أرض خراج أو عشر وأخذ الخراج والعشر من الراهن لا يرجع في ثمنه لأن الراهن صار قاضياً حقاً واجباً عليه فلا يرجع به في حال تعلق به حق غيره، وإن أخذ ذلك من الثمرة أو الغلة لا يبطل شيئاً من الرهن لأن هلاك الزيادة من العين لا يسقط شيئاً من الثمن ويكون ذلك محسوباً على الراهن، ولأنه لو لم يستحق شيئاً من العين فإن لصاحب الأرض أن يعطي الخراج من مال آخر فلم يصر شيء من الدين مستحقاً إلا إذا أخذه السلطان بغير حق فإنه يسقط من الدين بقدره لأنه غصب منه فصار كما لو هلك بعض الرهن في يده. ولو كان الراهن مفلساً والرهن في يد العدل فاستحق العبد فدفع العدل البدل وأبقاه في يده يبيعه

وأوف مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه

ويستوفي ثمنه وهو أحق به من المرتهن لأن حقهما تعلق بالعبد في وقت واحد لأن حق المرتهن فيما تحول من العبد إلى ثمنه بالبيع وإنما يتعلق بالعبد ثانياً بعد الرد وحق العدل تعلق بالعبد في هذا الوقت فقد استوفيا الحقين في وقت تعلق الحق ترجح دين العدل لتعلقه بالعبد لأنه وجب بسبب هذا العبد، ودين المرتهن لم يجب بسبب هذا العبد فصار العدل أولى كدين العبد مع دين المولى فيكون دين العبد أحق، وصار كما لو دفع العدل الثمن إلى المرتهن ثم رد عليه بالعيب فيسترد الثمن منه فكذا هذا باع العدل بيعاً فاسداً لا يضمن كالوكيل المفرد. ومعنى الإجبار أن يحبسه القاضي أياماً ليبيع، فإن لج بعد الحبس أياماً فالقاضي يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر، وأما على أصل أبي حنيفة فكذلك عند البعض لأنه تعين جهة لقضاء الدين، ولأن بيع الرهن صار مستحقاً للمرتهن بخلاف سائر المواضع. وقيل: لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع المديون عنده لقضاء الدين، ثم إذا أجبر على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الإجبار لأن الإجبار وقع على قضاء الدين بأي طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وإنما البيع طريق من طرقه، ولأنه إجبار لحق وبمثله لا يكون مكرهاً فلا يفسد إجباره به. ولو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن وإنما شرطاه بعده قيل لا يجبر لأن التوكيل لم يصر وصفاً من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات، وقيل يجبر كي يؤدي حقه وهذا أصح حتى روي عن أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحد في أنه يجبر على القول قضاء، وذكر محمد في الجامع الصغير: والأصل الإجبار مطلقاً من غير تفصيل من أن تكون الوكالة مشروطة فيه يدل على ذلك، فلو باع العدل خرج من أن يكون رهناً والثمن قائم مقامه فيكون رهناً مكانه وأن يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضاً بجهة الرهن فإذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن فيه، وكذلك لو قتله عبده فدفع به لكونه قائماً مقام الأول لحماً ودماً فيكون رهناً مكانه.

قال رحمه الله: **(وإن باعه العدل وأوف مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه)** وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون قائماً أو هالكاً، ففي الوجه الثاني المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن لأنه غاصب في حقه بالأخذ أو التسليم، وإن شاء ضمن العدل لأنه متعد مثله بالبيع والتسليم فصار غاصباً بذلك، فإذا ضمن الرهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأن الراهن قد تملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن المستحق العدل نفذ البيع أيضاً لأن العدل ملكه بأداء الضمان، ثم هو بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من

....

جهته عامل له فيه فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرر من جهته ونفذ البيع لأن الرهن لما كان مدار الضمان عليه وضمنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه، وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أن الثمن أخذه بغير حق لأن العدل ملك العبد بأداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل إلى الراهن على تقدير أن لا يرجع على الراهن بما ضمن لأنه المباشر فصار الثمن له لأنه بدل ملكه، وإنما أداه إلى المرتهن على حساب أن المبيع ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به فله أن يرجع به عليه. وفي الوجه الأول وهو ما إذا كان قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ملكه، ثم إن للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع. وإنما دفعه المشتري إليه ليسلم له المبيع ولم يسلم، ثم إذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصة، وإذا رجع عليه صح الرهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن من الدين، وإن شاء العدل رجع على المرتهن لأن البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب عليه رده ونقض قبض المرتهن ضرورة، فإذا دفعه إلى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه. ولو أن المشتري سلم الثمن بنفسه إلى المرتهن لم يرجع على العدل به لأن العدل في البيع عامل راهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض منه شيئاً فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله. ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن، قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض، لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الراهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على القابض بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه؛ كذا ذكره الكرخي. وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع. وقال شمس الأئمة السرخسي: هو ظاهر الرواية لأن رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فصار التوكيل مستأنفاً في ضمن عقد الرهن فكان منفصلاً عنه ضرورة على أن فخر الإسلام وشيخ الإسلام قالا: قول من يرى جبر هذا الوكيل أصح لإطلاق محمد في الجامع الصغير والأصل ما بيناه فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في جميع ما ذكرنا من الأحكام هناك. ولم يتعرض المؤلف رحمه الله تعالى لرهن المكاتب والمأذون والمضارب وأحد الشريكين ففي المبسوط: المكاتب كالحر في الرهن والارتهان ورهن العبد التاجر وارتهانه جائز. ورهن المضارب على أقسام: إما أن يكون رب المال أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن أو بالعكس أو أمره بهما، فإن أمره بالاستدانة فالرهن جائز. وتفسير الاستدانة أن يشتري بالنسيئة على المضاربة ولم يبق من رأس المال شيء، فإن صار مال

....

المضاربة كله عروضاً، فإذا بقي شيء من رأس المال لا يكون مستديناً على المضاربة ويجوز على وجه الشركة لا على وجه المضاربة ولا يستدين من قبل أن يقبض رأس المال، وإذا رهن به شيئاً من مال المضاربة بأمر رب المال جاز، وإن لم يأمره رب المال بالاستدانة لا يجوز، وإن أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن فالاستدانة جائزة والرهن فاسدة في نصيب المضاربة لأنه رهن مال المضاربة عن مال نفسه، وإذا فسد في نصيبه فسد في الكل، وإن أمره بالرهن ولم يأمره بالاستدانة فالاستدانة تلزم المضارب خاصة والرهن يكون جائزاً ورهن أحد شريكي المفاوضة بدين جناية جائز وهو ضامن، وليس لشريكه أن ينقض، وأحد شريكي العنان إذا رهن متاعاً من الشركة فهو على قسمين: إما إن رهن أو ارتهن، وكل قسم لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن رهن بدين عليهما، فإن اشتركا على أن يعمل كل واحد منهما برأي نفسه فرهن أحدهما وارتهانه جائز على صاحبه في الأمول كلها، وإن اشتركا على أن يعملا معاً وأن يبيعا معاً أو متفرقاً إن ولى الإدانة بنفسه يجوز رهنه على صاحبه لأن له أن يقضي هذا الدين من مال الشركة لأنه هو المطالب بهذا الدين، وإذا أدان صاحبه أو أدانهما جميعاً في نصيب صاحبه لأنه رهن نصيب صاحبه بدين صاحبه بغير إذنه، وإذا لم يجز في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه لأن نصيبه مشاع ويضمن نصيب صاحبه إن هلك. وهذا كله إذا كان الشريك راهناً، وإذا رهن أحدهما بدين لهما ولم يشتركا في الشركة أن يعمل كل واحد منهما برأيه إن ولي هو الاستدانة بنفسه يجوز ارتهانه لأنه ملك استيفاء هذا الدين لأنه وجب بعقده فيملك الارتهان به لأنه استيفاء حكماً، وإن ولي الإدانة صاحبه أو ولياً الإدانة بأنفسهما لا يجوز في نصيب صاحبه لأنه لا يملك استيفاء نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان لنفسه، وإن لم يجز في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه أيضاً لأنه مشاع. وإن هلك المرتهن ذهب حصته من الدين ويرجع شريكه بحصته على المطلوب، وإن شاء رجع بها على صاحبه لأن الرهن الفاسد في حق إفادة الأحكام ملحق بالصحيح فصار المرتهن مستوفياً الدين فصار مستوفياً نصيب صاحبه بغير إذنه بالهلاك فصار كما لو استوفي حقه والدين واجب بإدانة صاحبه فلصاحبه أخذ نصف الدين منه، وإن شاء أخذ من المطلوب فكذا هذا، فإذا أخذ من المطلوب يرجع المطلوب على المرتهن بنصف قيمة الرهن. طعن عيسى وقال: وجب أن لا يرجع لأن المرتهن أجنبي في نصيب صاحبه ولهذا لا يبرأ المطلوب من حصة صاحبه فصار كما لو دفع الغريم رهناً إلى الأجنبي آخر ليجيز صاحب الدين ولم يجز وقد هلك في يده لم يضمن فكذا هذا.

والجواب عنه أن المرتهن صار مستوفياً نصيب نفسه وصح استيفاؤه واستوفى نصيب صاحبه بغير إذنه فصار مضموناً عليه لأنا لو جعلناه أمانة في يده كان لصاحبه أن يشاركه فيما استوفاه لنفسه، وإذا شاركه فيه وأخذ منه كان للقابض أن يرجع فيما كان أمانة في يده ابتداء، فإذا أخذ ذلك كان لشريكه أن يأخذ منه نصف ذلك بنصف ما بقي ثم وثم إلى أن لا

وإن مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وإن ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه.

يبقى شيء في يده أمانة، فمتى جعلنا نصيب شريكه أمانة في يده ابتداء احتجنا إلى أن نجعله مضموناً عليه انتهاء فجعلناه مضموناً في الابتداء قصراً للمسافة، ولا كذلك الأجنبي أخذها رهناً بدين لهما فقال شريكه لم نأخذه رهناً وقال الآخر أخذت وهلك، فإن كان هو المتولي للبيع فالقول له، وإن كان وليه الآخر لم يصدق إلا إن أذن كل واحد لصاحبه أن يعمل برأيه في الرهن لأن الارتهان بمنزلة الاستيفاء في نصيب صاحبه فلا يملك الارتهاء به إلا بإذن صاحبه. كفل عن الرجل بدين وارتهن من المكفول عنه وقبض جاز لأنه ثبت على الموكل عنه للكفيل دين والرهن يجوز بدين مؤجل. افترق الشريكان ثم هلك الرهن في يد أحدهما وقال أخذته بديني ودينك قبل الافتراق وقال الآخر أخذته بعد الافتراق، فإن كان هو أدان وأخذه في الشركة أو بعدها جاز عليهما لأنه حكى أمراً يملك استيفاءه للحال فإنه لو ارتهن للحال جاز ويصدق فما حكى، وإن كان الآخر أدانه أو أدانا جميعاً فعلى البينة أنه أخذه من الشركة لأنه حكى أمراً لا يملك استيفاءه للحال فإنه لو ارتهن به للحال لا يجوز فلا يصدق فيما حكى إلا ببينة كالوكيل بالبيع بعد العزل إذا قال كنت بعت وكذبه الموكل. فضولي أخذ بدين الآخر رهناً لا يكون مضموناً على الآخذ لأنه دفع إليه المطلوب ليكون عدلاً في الرهن لأنه لم يخبره أن صاحب الدين وكله بذلك الأجنبي أخذ الرهن لغيره لا لنفسه فلا يكون مضموناً عليه حتى لو قال الأجنبي الفضولي وكلني بأخذ الرهن وكذبه الراهن فيما ادعى يضمن قيمته للراهن لأنه لما كذبه لم تثبت الوكالة في زعمهما فصار القابض مطالباً برده لأن ما دفعه إليه للأمانة كالوكيل بقبض الوديعة إذا كذبعه المودع فله أن يرجع عليه فكذا هذا. لو صدقه الراهن في الوكالة لم يرجع على الوكيل بشيء لأن الوكالة تثبت في زعم الكل وقبض الوكيل كقبضه فيكون المطالب إذا ذاك هو الموكل فقد أبرأه بذلك عن الضمان. قال رحمه الله: **(وإن مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وإن ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه)** والأصل فيه أن العبد المرهون إذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما متعد في حقه الراهن بالأخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسليم، فإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفياً لدينه بهلاك الرهن لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مسنداً إلى ما قبل التسليم فتبين أنه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفياً بهلاكه، وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن؛ أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن، وأما بالدين فلأنه انتقض قضاؤه فيعود حقه كما كان. فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه الملك في المضمون ثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

ويتوقف بيعا لرهن على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه ونفذ عتقه وطولب بدينه لو حالاً

المستحق ابتداء قلنا: هذا طعن أبي حازم القاضي. والجواب عنه أن المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور بالتسليم للمرتهن ويملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقاً عليه فلم يبين أنه رهن ملك نفسه بل رهن ملكاً لغيره فلا يكون المرتهن مستوفياً بملك العين، ولأن الراهن يملك العين بالتلقي من المرتهن لأن المرتهن يملك أولاً بأداء الضمان ثم ينتقل إلى الراهن كما في الوكيل بالشراء كأن المشتري اشتراه من المستحق. وإنما كان كذلك لأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن يملك المضمون ضرورة لكيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، ثم الراهن يتلقاه فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه فتبين أنه رهن ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفياً بالهلاك بخلاف المسألة الأولى وهو ما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لأنه يضمنه منه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفياً والله أعلم.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غير متأخراً طبعاً عن كونه رهناً أخره وضعاً ليوافق الوضع الطبع. قال رحمه الله: **(ويتوقف بيع الرهن على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه)** اختلفت عبارة محمد رحمه الله تعالى في هذه المسألة؛ قال في موضع بيع المرهون فاسد، وفي موضع جائز، والصحيح أنه جائز موقوف، وقوله فاسد محمول على إذا لم يجز المرتهن فإن القاضي يفسد إذا خوصم إليه وطلب المشتري تسليمه، وقوله جائز بمعنى نافذ محمول على ما إذا أجاز وسلمه. وفي الجامع: باع الراهن الرهن فالبيع باطل؛ قيل معناه سيبطل، وعن أبي يوسف ينفذ سواء علم المرتهن بالبيع أو لا، وإنما يتوقف لأنه تعلق به حق المرتهن وفي بقائه إبطال حقه فلا ينفذ إلا بإجازته أو بقضاء الراهن الدين لزوال المعنى وهو تعلق حق المرتهن. أراد بالبيع ما هو مثله مما تعلق بنفاده إبطال حق المرتهن في الحبس بخلاف ما لو زوجها الراهن فإنه ينفذ ولا يتوقف على إجازة المرتهن لأن للمرتهن أن يحبسها عن الزوج كما أن للمولى ذلك. وقولهم في التعليل إنه تعلق به إلى آخره أقول: في تمام هذا التعليل من القدر نظر فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ألا ترى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسألة ومسألة الإعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل مسألة الإعتاق من قبل أصحابنا: وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم

....

فتدبر قوله وامتناع النفاذ بالبيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لأن يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى القدرلا على التسليم فإذا انعقد البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى الثمن فيكون محبوساً بالدين. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المرتهن إن شرط أن يكون الثمن رهناً عند الإجازة كان رهناً وإلا فلا فلأنه لأنه بالإجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وأن ماله أخذه فملكه بسبب جديد فلا تصير رهناً إلا بالشرط كما إذا أجره الراهن فأجازة المرتهن الإجارة لا تصير الأجرة رهناً إلا بالشرط. وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما يتعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل لحقه لأن حقه تعلق بماله وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه إليه كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل من غير شرط لما ذكرنا، ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهراً والرضا بالبيع لا يدل على الرضا لسقوط الحق رأساً فيبقى الحق على غيره بخلاف ما ذكر لأن الأجرة ليست ببدل حقه، وبخلاف ما إذا باع العين المستأجرة فأجاز المستأجر البيع حيث لا ينقل حقه إلى الثمن لأنه ليس ببدل العين وحقه في العين فافترقا، وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد حتى إذا أفتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيز وله أن يفسخ، وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه. وفي المختصر إشارة إليه حيث قال: توقف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه جعل الإجارة إليه دون الفسخ وجعله متوقفاً على قضاء الدين، وهذا دليل على أن فسخه لا ينفذ. ووجه الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لأن حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي متوقفاً على المشتري، ثم إن المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم لأن ولاية الفسخ له لا إلى المشتري والبائع وهو الراهن وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإن المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يرجع، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، والإجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ بيع المؤجر. ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على إجازته لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فأيهما أجاز لزم ذلك وبطل الآخر. ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الإجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الأول دون هذه العقود. والفرق أن المرتهن له منفعة في البيع لأن حقه يتحول إلى الثمن على ما بينا وقد يكون أحد العقدين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به. أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لأن حقه لا ينقل إلى الآخر لما بينا. ولا بد له من الرهن والهبة فكان إجازته اسقاطاً لحقه فزاً لا لمانع فنفذ البيع كما لو باع المؤجر العين المستأجرة من اثنين فأجاز المستأجرة البيع الثاني نفذ الأول لأنه لا نفع له في البيع إذ لا ينقل

....

حقه إلى البدل على ما بينا فكان إجازته اسقاطاً لحقه فنفذ الأول لزوال المانع. وهذا إذا تعلق بالعين المرتهنة حق للغير بحق باشره الراهن، وأما لو تعلق بإقراره قال في المحيط: هذا على قسمين: أحدهما في إقرار الراهن بالمرهون للغير، والثاني في إقرار المرتهن أنه لغير الراهن. أما القسم الأول رهن عبداً بألف ثم قال هو لفلان لم يصدق لأن إقراره يتضمن إبطال حق المرتهن وأنه يحتمل النقض والإبطال فلم يصح في حق المرتهن كالبيع والإجارة، ثم المقر له إن شاء أدى المال وقبض الرهن لأن عدم صحة الإقرار لحق المرتهن، فإذا زال حقه صح الإقرار كما في البيع فكما أن للمشتري أن يقضي الدين ويأخذ المبيع فكذا هذا ويرجع بما قضى على الراهن لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه لإحياء حقه فإنه لا يصل إلى ملكه إلا بقضاء الدين وكان كالمعير للرهن يرجع به على المستعير فكذا هذا. وإن شاء ضمن الراهن قيمة العبد لأن الراهن زعم أنه ملكه رهنه بماله وسلمه بغير أمره وقد عجز عن رده إليه للحال لحق المرتهن فيضمن قيمته وللمقر أن يستحلف المرتهن على علمه لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإن أنكر استحلف عليه، وإن لم يؤدي المال وأعتق العبد جاز عتقه لأن الراهن والمرتهن تصادقا على عتق العبد لأن الراهن زعم أنه ملك المقر له وإعتاق المالك نافذ. والمرتهن زعم أنه كان ملك الراهن لا المقر له إلا أنه لما أقر له فقد سلطه على إعتاقه بإقراره كما لو وكله بالإعتاق.

ثم المسألة على أربعة أوجه: إما أن يكون المقر له والراهن موسرين أو معسرين أو أحدهما موسر والآخر معسر والدين في ذلك كله حال أو يؤجل، فإن كان موسرين والدين حال فالمرتهن فيه بالخيار إن شاء أخذ الدين من الراهن، وإن شاء ضمن المعتق القيمة ويكون رهناً، وكان يجب أن لا يكون للمرتهن تضمين المعتق على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لأن من زعم المرتهن أنه ليس بمالك وإنما جاز عتقه بتسليط الراهن لأنه لما أقر بالملك فقد سلطه على الإعتاق فصار كما لو سلطه على الإعتاق بالوكالة فإن الراهن لو وكل وكيلاً بإعتاق المشتري قبل القبض ونقد الثمن فأعتقه الوكيل لا يضمن الوكيل عندهما فيضمن أن يكون هذا على ذلك الخلاف إذ لا فرق بينهما، ثم المعتق يرجع بما ضمن على الراهن للحال لأنه لو كان العبد قائماً كان له تضمين الراهن لما أحدث في ماله من الارتهان وتسليم ماله بغير أمره فصار غاصباً في حقه وصار ما أخذه المرتهن من المعتق ملكاً للراهن لما ضمن ذلك للمعتق بخلاف المعير إذا أعتق العبد وهو معسر والدين مؤجل فضمنه المرتهن لا يرجع به على المستعير حتى يحل الدين لأنه إنما يرجع باعتبار أنه قضى دينه وهو مضطر فيه وقد قضى دينه المؤجل فلا يرجع بالمعجل، فإذا كانا معسرين والدين حال يسعى العبد للمرتهن ويرجع على الراهن دون المعتق لأن في زعم العبد أنه لا رجوع له على المعتق لأن في زعمه أن المعتق لم يصر متلفاً حق المرتهن بالإعتاق لأن الراهن لم يصح لأن الراهن رهن بغير أمره، وكذلك إذا

....

كان الدين مؤجلاً. وإن كان المعتق موسراً والراهن معسراً والدين حال أو مؤجل فللمرتهن أن يستسعي العبد لأن العتق حصل بتسليط الراهن فكان الراهن أعتقه بنفسه وهو معسر، وإن شاء ضمن المعتق لأنه بمنزلة الوكيل عنه بالإعتاق ويرجع المعتق على الراهن لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه، والعبد يرجع على الراهن دون المعتق وإن كان المعتق معسراً والراهن موسراً والدين حال فالراهن يأخذ بقضاء دينه، فإذا قضى الدين خرج المرتهن من الوسط فهذا رجل أعتق عبداً كله له فارغاً عارياً عن حق الغير فلا شيء على العبد، وإن كان الدين مؤجلاً فالمرتهن بالخيار إن شاء ضمن الراهن لأنه هو المسلط على العتق فكأنه وكل المقر له بإعتاقه، وإن شاء استسعى العبد والعبد يرجع على الراهن لأنه أوفى الدين لا على المعتق لما بينا. وأما القسم الثاني فهو على وجهين: إما إن أقر المرتهن برقبة الرهن لرجل أو أقر بدين في رقبته، وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يفتكه الراهن أو يهلك الرهن أو يباع الرهن بالدين؛ فإن أقر برقبته لرجل وقال الرهن لفلان اغتصبه الراهن فإن افتكه الراهن فلا سبيل للمقر على العبد ولا على ما أخذه المرتهن لأن إقرار المرتهن لا يصح في حق الراهن لأنه إقرار على الغير وما أخذه ليس بدلاً عن الرهن بل هو دينه استوفاه، وإن كان هلك في يد المرتهن ضمن جميع قيمته للمقر له وبطل دينه لأنه لما أن الراهن اغتصبه من فلان ورهنه منه فقد زعم أنه مودع الغاصب أو غاصب الغاصب وأياماً كان فهو غاصب بخلاف ما لو أفتكه لأنه رده إلى يد من أخذه منه فيبرأ عن الضمان ويبطل دينه لأن إقراره في حق الراهن لم يصح فصح الرهن في حقه. وأما إذا بيع العبد أما الراهن أو العدل وأخذ المرتهن الثمن فإن أجاز المقر له البيع أخذه من المرتهن، وإن لم يجز فلا لأن من زعم المرتهن أن العبد للمقر له وقد بيع بغير إذنه فيكون موقوفاً على إجازته، فإن أجاز يكون ثمن عبد، وإن لم يجز فليس بثمن عبده ولا سبيل له عليه، وإن أقر بدين عليه لرجل؛ إن أفتكه الراهن وأخذ منه العبد فلا ضمان على المرتهن لأنه رد العبد إلى من أخذ منه، فإن هلك في يده يرجع المقر له على المرتهن بدينه لا غير. ولم يفصل في الكتاب بين ما إذا وجب دين المقر له قبل الرهن أو بعده، وقيل هذا إذا وجب دينه قبل الرهن، وإن وحب بعده فلا شيء للمقر له على المرتهن لأن بالهلاك استوفى دينه من مالية العبد، فإذا كان الدين واجباً قبل رهنه تبين أنه استوفى دينه ومالية العبد دين على العبد وجب استيفاؤه ودين العبد مقدم على دين المولى، فأما إذا وجب الدين بعد رهنه فحينئذ صار مستوفياً دينه من ماليته ليس في مالية العبد دين وجب استيفاؤه فصح الاستيفاء. وأما إذا بيع العبد في الدين فللمقر له أن يأخذ الثمن من المرتهن، أجاز البيع أو لم يجز، لأن البيع ههنا جائز لأنه ملك للمقر له في العبد، وإذا جاز البيع يقوم الثمن مقامه. ومن زعم المرتهن أن المقر له أحق بثمن العبد منه لأن دينه دين العبد ودين المولى ودين العبد مقدم على دين المولى فيدفعه إليه.

ولو مؤجلاً أخذ قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه ولو معسراً سعى العبد في الإقل من

قال رحمه الله: **(ونفذ عتقه)** أي نفذ عتق الراهن وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وفي قول آخر لا ينفذ موسراً كان أو معسراً لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن. ولنا أن العتق صدر من أهله مضافاً إلى محله وهو ملكه ووجب بنفاذه ولا يلغو تصرفه لعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق المبيع قبل القبض أو الآبق أو المغصوب، وإذا زال ملك الراهن عن رقبته بإعتاقه بزول ملك المرتهن لأنه بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد، فإذا لم يمتنع الأعلى فالأدنى أولى أن لا يمنعه، ولا يلزمنا إعتاق الوارث العبد الموصي برقبته إذا لم يكن له مال آخر حيث إنه لا ينفذ مع أنه أعتق ملكه لأنا نقول: يعتق عند الثاني والثالث في الحال. وعند الإمام يؤخر إلى أداء السعاية على ما عرف في إعتاق العبد المشترك ولم يكن إعتاقه لغواً وهو ههنا جعله لغواً. ولا يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل أن المولى إذا أتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه لأنه خرج عن ملكه لأنا نقول: وجوب الضمان عليه باعتبار أنه إذا أتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له فإنه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من كل وجه، ولهذا ينفذ تصرفه فيه. ولو قال المؤلف ونفذ تدبيره لكان أولى إذا علم نفاذ التدبير من الراهن والتدبير أدنى حالاً من الاستيلاد علم نفاذ الاستيلاء والإعتاق من باب أولى. قال في المبسوط: إعتاق الراهن وتدبيره واستيلاده ينفذ ويضمن القيمة ويكون رهناً مكانه إن كان موسراً، ثم إن كان المال حالاً اقتضاه من القيمة، وإن كان الراهن معسراً فللراهن استسعاء المدبر وأم الولد في جميع الدين والمعتق في قيمته ثم يرجع المعتق بما أدى على المولى. قال رحمه الله: **(وطولب بدينه لو حالاً)** يعني إذا كان الدين حالاً طالب المرتهن الراهن بعد العتق بالدين إذا كان موسراً لأنه إذا طولب بالرهن كان له أن يأخذه بدينه إذا كان من جنس حقه فيكون إيفاء واستيفاء فلا فائدة فيه. قال رحمه الله: **(ولو مؤجلاً أخذ قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه)** يعني لو كان الدين مؤجلاً يؤخذ من المعتق قيمة العبد وتجعل رهناً مكان العبد إذا كان موسراً لأن سبب الضمان قد تحقق، وفي التضمين فائدة وهي حصول الاستيثاق من الوجه الذي بيناه ويحبسها إلى حلول الأجل، فإذا حل اقتضاه بحقه إذا كان بجنسه لأن للغريم أن يستوفي حقه من مال غريمه إذا ظفر بجنس حقه، وإن كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء، وإن كان أقل من حقه رجع بالزيادة لعدم ما يسقطه. قال رحمه الله: **(ولو معسراً سعى العبد في الإقل من قيمته ومن الدين)** لأن حق المرتهن كان متعلقاً به فإذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لأنه هو المنتفع بهذا العتق كما في عتق أحد الشريكين العبد المشترك، لأن الضمان بالجراح والغرم بالغنم. وظاهر عبارة المؤلف أنه يسعى في الأقل من الشيئين المذكورين والمنقول في غيره أنه يسعى في الأقل من ثلاثة أشياء. قال في الجامع: أصله أن الراهن إذا

....

أعتق المرهون وهو معسر ينظر إلى ثلاثة أشياء: إلى قيمته يوم العتق، وإلى ما كان مضموناً بالدين، وإلى ما كان محبوساً به فإنه يسعى في الأقل من هذه الأشياء. أما القيمة فلأنه أحبس بالعتق من حق المرتهن هذا القدر فلا تلزمه السعاية إلا في هذا القدر كالعبد المشترك إذا أعتقه أحدهما وهو معسر، وأما المضمون بالدين إذا كان أقل لأن العبد مضمون بقدر الدين بالعتق وما يحدث بالزيادة المتصلة بعد القبض لم تصر مضمونة، وهذا لأن السعاية في حق الزيادة، فإن كانت محبوسة بالدين فلا يمكن ايجاب السعاية على العبد في حق الزيادة، وإن كان المحبوس أقل من المضمون ومن قيمته يسعى بقدره بأن رهن عبداً بألف قيمته ألف فأدى الراهن تسعمائة من الرهن ثم أعتقه وهو معسر يسعى العبد في مائة، فإن كان مضموناً بألف حتى لو هلك يهلك بألف لأنه محبوس بمائة فكان له أن يفتك بقدر مائة فكان العبد مضموناً بمائة من حيث اعتبار حالة الإعتاق. رهن عبداً يساوي ألفاً بألف فصار يساوي خمسمائة بتراجع السعر ثم أعتقه الراهن وهو معسر يسعى العبد في خمسمائة لا غير، ولو كان المعتق موسراً ضمن الألف كلها لأن السعاية هنا أقل من الأشياء الثلاثة لأن السعاية خمسمائة والعبد مضمون بالدين، وذلك لأنه لو هلك يهلك بألف فإذا انتقص سعره وهو محبوس بألف فإن الراهن ما لم يؤد الألف لم يفتك الرهن ثم يقضي بالسعاية الدين، وإن كان من جنس حقه وكان الدين حالاً فإن لم يكن من جنس حقه صرفه من جنس حقه كما تقدم، وإن كان الدين مؤجلاً جعلت السعاية رهناً، فإذا حل الأجل قضى به الدين على نحو ما ذكرنا.

وفي الأصل: إن كان مكان الإعتاق تدبير فالجواب فيه كالجواب في الإعتاق إلا في فصلين: أحدهما أن في فصل الإعتاق إن كان الراهن موسراً فالعبد يسعى في الأقل من ثلاثة أشياء، وفي التدبير يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ. الثاني أن في التدبير بما سعى وأدى على المولى. وفي الينابيع: ولو دبره إن كان الدين حالاً سعى في الدين بالغاً ما بلغ، وإن كان مؤجلاً سعى في قيمته فتكون رهناً مكانه، وفي المحيط: رهن جارية تساوي ألفاً بألفين فصارت إلى ألفين بزيادة السعر وولدت ولداً يساوي ألفاً يفتكها بألفين لأنها لو لم تزد لا يفتكها إلا بألفين، فإن زادت أولى، وإذا هلكت هلكت بألفين لأن قيمتها يوم العقد ألف والزيادة المتصلة لم يرد عليها عقد ولا قبض مقصود فكان وجودها وعدمها بمنزلة. وإن أعتقها المولى وهو معسر سعت في الألف، وكذلك لو أعتقها سعياً في الألف ورجعا بذلك على المولى ورجع المرتهن ببقية دينه لأن الراهن لما أعتقهما صار بإعتاق الولد قابضاً للولد حكماً كالمشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض فيقسم الدين عليهما فيسعيان في الألف لأنها أقل من قيمتهما يوم العتق ورجعا بذلك على المولى لأنهما أديا دينه من خالص ملكهما لأنهما يسعيان وهما حران، ومن أدى دين الغير من خالص ملكه وهو مجبر عليه فعليه الرجوع على من عليه الدين إذا لم يسلم له العوض ولم يسلم للعبد ما كان للمرتهن من حق الحبس في

....

العبد لأنه لا يحتمل النقل. وإذا رهن أمة قيمتها ألف بألف فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه الراهن وهو موسر ضمن المال لإتلاف حق المرتهن بالدعوى، وإن كان معسراً سعت الأمة في نصف المال والولد في نصفه لأن في حالة الإعسار لا يجب إلا السعاية، وكل واحد منهما صار أصلاً؛ الأم بالاستيلاد والولد بالإعتاق لأنه بالإعتاق صار مشترياً الولد فيصير الولد أصلاً في الرهن كالأم لأن الولد لما حدث سرى إليه ما كان في الأم من حق الحبس فصار مرهوناً كالأم، فإن لم يؤد الولد حتى ماتت الأم قبل أن يفرغ من السعاية يسعى في الأقل من قيمته ونصف الدين ولا يزاد عليه شيء بموت الأم لأن الولد حدث قبل وجود السعاية على الأم فلا يكون تبعاً لها في السعاية. ولو زوج الراهن الأمة المرهونة جاز ولا يقر بها الزوج إلا إذا زوجها قبل الرهن لأن النكاح لا يتضمن إبطال حق المرتهن لأن المرتهن لم يستحق منافعها ولا ضرر على المرتهن في نفاذ النكاح فنفذ، وغشيان الزوج يتضمن إبطال حقه في الحبس لأنه يستحق حبسها فصار كالمالك في حق الحبس فله منعه عن الوطء وحبسها عنه بخلاف ما قبل الرهن لأن الزوج ملك غشيانها قبل الرهن لأنه استحق منافع بضعها مطلقاً فلا يتمكن المرتهن من إبطال حقه في القربان، فإن وطئها فولدت وماتت ضمن الراهن قيمتها لأنه سلط الزوج على إتلاف حق المرتهن لأنه بالنكاح سلطه على الوطء فيجعل وطء الزوج كوطء الراهن لأنه حصل بتسليطه، ولو وطئها الراهن صار مسترداً للرهن ولهذا لو زوج الأمة المبيعة قبل القبض صار المشتري قابضاً لها فصار كأن التلف حصل في يد الراهن فيضمن. ولو زوجها ثم رهن فوطئها الزوج ثم ماتت كانت من مال المرتهن استحساناً لا قياساً لأن الوطء حصل بتسليط الراهن فيصير وطؤه كوطء المولى، ولهذا يهلك على الراهن إذا زوجها بعد الرهن.

وجه الاستحسان أن الراهن لم يسلطه على إتلاف حق المرتهن لأنه حين زوجها لم يكن حق المرتهن ثابتاً فيها بل سلطه على إتلاف حق نفسه فلا يجعل وطؤه كوطء الراهن، ولأن الراهن سلطه على الوطء قبل الرهن وبالوطء قبل الرهن لا يصير متلفاً حقه لأن به لا يصير مسترداً للرهن. وإذا رهن أمة بألف وقيمتها خمسمائة فكاتبها المولى فللمرتهن فسخها لأن الكتابة تتضمن إبطال حق المرتهن لأن المكاتب لم يصلح رهناً لأنه لو أدى بدل الكتابة عتق ويبطل الرهن، وكذلك لو نفذت الكتابة يبطل الرهن لأنه لا يمكنه البيع والكتابة مما تحتمل الفسخ فتنفسخ فلو لم يكاتبها ولكن دبرها فسعت في قيمتها ثم ماتت عن بنت تساوي خمسمائة فعلى ولدها أن يسعى في خمسمائة لأنه يسري ما فيها من الدين إلى التي ولدتها أمتى ولدت فيصير مدبراً تبعاً للأصل، فإن سعت البنت في مائة ثم ولدت بنتاً ثم ماتت البنت الأولى وقيمة الأولى والسفلى سواء تسعى السفلى في الباقي كله لأنه يسري ما فيها إلى ولدها كما يجري من الجدة إلى الوسطى. رهن أمتين قيمة كل واحد ألف فدبرها المولى ثم ماتت

....

إحداهما سعت الباقية في نصف الدين ويضمن المولى نصفه لأنها ماتت بعدما خرجت من الرهن بالتدبير ولا يتحول شيء من دين الميتة إلى الباقية لأن الباقية لم تكن متولدة من الميتة والميتة في السعاية كانت محتملة على المولى، فإذا ماتت قبل استيفاء السعاية فقد تعذر استيفاء حقه من جهة المحتمل وهو الكفيل فيطالب من الأصيل، فإن ولدت هذه الباقية ثم ماتت يسعى الولد فيما على أمه، وسواء كانت قيمة الأم أقل أو أكثر لأنها ولدت بمثل حالها مدبرة فيسري ما فيها إلى ولدها. ولو كانت قبل التدبير ثم دبرهما جميعاً سعت في مائتين وخمسين إن كانت قيمتها مثل قيمة الأم لأن الولد قبل التدبير صار رهناً فانقسم ما في الأم من الدين عليهما نصفين على سبيل التوفيق إن ورد على الولد قبض الرهن بقي كذلك منقسماً، وإن لم يرد عليه قبض بطل الانقسام وظهر أن الدين كله كان بإزاء الأم، وهنا ورد على الراهن قبض على الولد لما ذكرنا لأن التدبير من المشتري قبل القبض يصير به قابضاً. رهن أمة بألف وقيمتها ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فماتت الأم ثم دبر البنت عليها السعاية في خمسمائة لأنه ورد على الميت قبض الراهن فإنه بالتدبير صار قابضاً للولد فظهر أن الدين كان منقسماً عليهما نصفين، فإن ولدت البنت بنتاً وماتت البنت الأولى سعت السفلى في خمسمائة وإن كانت قيمتها مائة لأن السفلى ولد المستسعاة فسرى ما في أمها إليها. ولدت الأمة المرهونة بنتاً ثم ولدت البنت بنتاً وقيمة كل واحدة ألف ثم دبرهن جميعاً ثم ماتت الأم والبنت الأولى فعلى السفلى السعاية في نصف الدين. وعن عيسى بن أبان قال: ينبغي أن تسعى في ثلثي الدين لأنه قد كان قابضاً للوسطى بالتدبير لأن التدبير قبض وصار بإزاء كل واحدة منهن ثلث الدين كما لو رهنهن جميعاً ثم دبرهن وهو معسر وقد ماتت بنتان قبل السعاية تسعى الباقية في ثلثي الدين فكذا هذا. والجواب عنه أن التدبير ليس بقبض حقيقة ولكن اعتبر قبضاً حكماً بحكم الإتلاف كالإعتاق، وإنما يعتبر قبضاً حكماً متى لم يكن في اعتباره قبضاً ضرر على المرتهن، وهنا في اعتباره قبضاً ضرر بالمرتهن لأنه يؤدي إلى إبطال حقه بالسعاية لأنه متى لم يعتبر قبضاً كان للمرتهن أن يستسعي السفلى في نصف الدين، ومتى اعتبر قبضاً يستسعيها في جزء واحد من أحد عشر جزءاً من الدين فلا يعتبر قابضاً دفعاً للضرر عنه فصار كأن الوسطى ماتت قبل التدبير فيصير بإزاء السفلى نصف الدين بخلاف المسألة المتقدمة لأنا لو اعتبرنا التدبير قبضاً ينتفع به المرتهن ولا يتضرر به لأن السفلى تسعى في جميع ما وجب على الوسطى، ومتى لم يعتبر قبضاً تسعى في جزء من أحد عشر حزءاً من الدين، وكذلك لو دبر السفلى بعدما ماتت الأم والجدة لأنه لا يحتسب بالوسطى إذا ماتت قبل التدبير فكأنها لم تكن ولدت الجدة إلا ولداً واحداً ثم دبر الولد ولدت أمة الرهن ولداً يساوي ألفا ثم دبرها فعلى كل واحد منهما سعاية في خمسمائة لما عرف. وإن ماتت البنت سعت الأم في الألف كلها. طعن عيسى وقال: بالتدبير يقرر الضمان فيه ولا يعود إلى الأم.

قيمته ومن الدين ويرجع به على سيده واتلاف الرهن كإعتاقه وإن أتلفه أجنبي فالمرتهن

والجواب أن التدبير متى اعتبر قبضاً لا يتضرر به المرتهن بل ينتفع به لأنه متى اعتبر قبضاً تهلك الأم بخمسمائة ويسعى في خمسمائة، ومتى لم يعتبر قبضاً تهلك الأم بجميع الدين فيعتبر قبضاً فيكون مقبوضاً بالتدبير فصار كأنه رهنهما ثم دبرهما. رهن أمة تساوي ألفاً بألف إلى أجل فولدت ولداً يساوي ألفاً فدبر المولى الولد وهو موسر ضمن قيمته ويكون رهناً مع الأم، فإن كان معسراً يسعى الولد في خمسمائة لأن المولى جانٍ في التدبير أتلف حق المرتهن وحق المرتهن في الحبس كان ثابتاً في الكل فضمن قيمته، وأما المدبر غير جان فيسعى بقدر حق المرتهن في الولد وهو خمسمائة لا بقدر قيمته لتظهر مزية غير الجاني على الجاني، فإن مات قبل السعاية كانت الأم رهناً بالألف، وإن هلكت الأم تهلك بنصف الدين، وعند عيسى تسعى في خمسمائة. والصحيح جواب الكتاب لأن الولد صار محبوساً في الرهن لأنه بالتدبير صار مقبوضاً لأنه لا ضرر في صيرورته مقبوضاً محبوساً بالرهن على المرتهن بل فيه منفعة فإنه لا يسقط بهلاك أحدهما إلا نصف الدين فصار كأنه رهنهما ثم أخذهما وهو معسر ثم ماتت إحداهما صارت الباقية رهناً بالألف، ولو ماتت الباقية تموت بخمسمائة فكذا هذا. وفي الفتاوى الغياثية: ولو استولدها أو دبرها لا يحبس بالدين ويضمن إن كان موسراً وبيعت في الدين إن كان معسراً ولا يستسعي الولد إن كانت الدعوى قبل الانفصال. فإن قال هو قضاء من دينك جاز، وإن كانت قبل الحلول سعى في قيمته. ولو رهنا عبداً فأعتقه أحد الراهنين وهو موسر ضمن نصف قيمته لشريكه ونصفه للمرتهن ويؤدي الشريك ذلك إلى المرتهن، وإن كان معسراً سعى العبد في الدين ورجع بنصفه على المعتق، وكذا المعسر الراهن إذا أعتقه ضمن قيمته ورجع على الراهن أو على المعتق ثم رجع هو على الراهن. ولو انتقص سعره فأعتقه الراهن ضمن قيمته يوم أعتق، ولو كان زادت قيمته ضمن قيمته يوم الرهن، وإن كان معسراً فالسعاية كذلك، وكذا لو ولدت الأمة فأعتقها الراهن سعى في قيمة الأم يوم الرهن، وإن كان الدين أكثر في التدبير يسعى في الدين. قال رحمه الله: **(ويرجع به على سيده)** يعني إذا سعى العبد وأدى يرجع العبد بالسعاية على سيده إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه ولم يكن متبرعاً فصار كمعير الرهن بخلاف العبد المستسعي إذا كان بين الشريكين وأعتق أحدهما نصيبه والمعتق معسر وسعى في نصيب الآخر وأدى بحيث لا يرجع لأنه يؤدي ضماناً واجباً عليه لأنه يسعى في تكميل العتق عندهما ولتحصيل العتق عند الإمام، وهنا يسعى في ضمان على عسرة بعد تمام إعتاقه فافترقا، فالإمام أوجب السعاية في العبد المشترك في حالتي اليسار والإعسار، وفي العبد المرهون في حالة الإعسار فقط لأن الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك أدنى من حقيقته فوجبت السعاية فيه في حالة واحدة وهي حالة الضرورة، وفي الأعلى في الحالتين إظهاراً للتفاوت بينهما بخلاف المبيع إذا

يضمنه قيمته وتكون رهناً عنده وخرج من ضمانه باعارته من راهنه ولو هلك في يد

أعتقه المشتري قبل القبض حيث لا يسعى للبائع في الرواية الظاهرة، وفي المرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس ضغيف لأن العبد لا يملكه في الأجرة ولا يستوفي من عينه وهذا يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن، وينقلب حقه ملكاً ولا يبطل حقه بالإعارة. ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال رهنت عبدي هذا من فلان فكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافاً لزفر، ثم إن كان الراهن موسراً ضمن قيمته على التفصيل المتقدم، وإن كان معسراً سعى كما تقدم، ولو أعتق الراهن العبد الذي دبره أو الأمة التي استولدها لم يسعيا إلا بقدر القيمة، سواء أعتق الراهن العبد الذي دبره أو الأمة التي استولدها لم يسعيا إلا بقدر القيمة سواء أعتقه بعد القضاء عليهما أو قبله لأن كسبهما بعد العتق ملكهما، وما أديا قبل العتق لا يرجعان به على المولى لأنه مال المولى، وما أدياه بعد العتق يرجعان به. ولو أقر المولى على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره سعى في قيمته مذ عتق لأنه لا ولاية له على ماليته فيصح بقدر المالية، ولو قتله عبد قيمته مائة ثم دفع به ثم أعتقه سعى في المائة لقيامه مقام الأول.

قال رحمه الله: **(واتلاف الرهن كإعتاقه)** يعني أنه إذا أتلفه وهو موسر والدين حال أدى القيمة في الحال، وإن كان مؤجلاً أدى القيمة وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين. قال رحمه الله: **(وإن أتلفه أجنبي فالمرتهن يضمنه قيمته وتكون رهناً عنده)** يعني أن المرتهن هو الخصم في تضمينه قيمته فتكون رهناً عنده لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه، والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمان المرتهن وقد تقدم بيانه حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة لأن المعبر في ضمان المرتهن الرهن يوم قبضه. ولو استهلك المرتهن الرهن والدين مؤجل ضمن قيمته لأنه أتلف مال الغير وكانت رهناً في يده حتى يحل الأجل، ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن دينه منه ويرد الفضل على الراهن إذا كان هناك فضل، وإن كان دينه أكثر وقد كانت قيمته يوم الرهن قدر الدين وقد رجعت قيمته إلى خمسمائة وقد كانت يوم القبض ألفاً ضمن بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة؛ كذا في الهداية. قال الشارح: وهو مشكل فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة؟ ومثل هذا الاستشكال نقله صاحب العناية، وأجاب بأن العين قد تغيرت بالاستهلاك فصارت لا تحتمل العود إلى القيمة الأولى بتراجع السعر، ولو كانت باقية ترجع على ما كانت باقية عليه بخلاف ما إذا لم تتغير العين وهي باقية على حالها وقد تراجع السعر لأن العين التي قبضها بحالها فلا يرجع شيء من الدين بتراجع السعر؛ كذا في العناية. فأفاد أن ما في الخلاصة من قوله «وأما

الراهن هلك مجاناً وبرجوعه عاد ضمانه ولو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط الضمان ولكل أن يرده رهناً ولو استعار ثوباً ليرهنه صح.

حكم النقصان ينظر إن كان من حيث العين يوجب سقوط الدين بقدر النقصان، وإن كان من حيث السعر لا يوجب سقوط شيء من الدين عند أصحابنا الثلاثة» محمول على ما إذا كانت العين باقية وهذا من خصائص هذا الكتاب. قال رحمه الله: **(وخرج من ضمانه باعارته من راهنه)** يعني إذا أعار المرتهن الرهن من الراهن يخرج من ضمان المرتهن لأن الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد إلى صاحبه فيرتفع بالضمان. قال رحمه الله: **(ولو هلك في يد الراهن هلك مجاناً)** لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بيناه. وفي الفتاوى الغياثية: لو قضى الراهن دين المرتهن ثم هلك الرهن في العارية في يد المرتهن رد ما قبض. قال رحمه الله: **(وبرجوعه عاد ضمانه)** يعني برجوع الرهن إلى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للمضمان وللمرتهن أن يسترده إلى يده لأن عقد الرهن باقٍ إلا في حق الضمان في تلك الحالة، ولو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به من سائر غرمائه لأن يد العارية ليس بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لأنه قد ينفك عنه ألا ترى أن ولد الرهن رهن وليس بمضمون. قال رحمه الله: **(ولو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط الضمان)** لما بينا. قال رحمه الله: **(ولكل أن يرده رهناً)** يعني لكل واحد من الراهن والمرتهن حق في الرهن فله أن يرده رهناً مكانه لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف ما إذا أجره أحدهما أو باعه أو وهبه من المرتهن أو من الأجنبي قبل أن يرهنه ثانياً حيث لا يعود رهناً إلا بعقد جديد. ولو مات الراهن كان المرتهن أسوة الغرماء لأن هذه التصرفات تبطل الرهن بخلاف العارية والإيداع لأنهما غير لازمين، ولو أذن الراهن المرتهن بالاستعمال أو الإعارة للعمل فهلك الرهن قبل أن يأخذ في العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن، وكذا إن هلك بعد الفراغ من العلم لارتفاع يد الأمانة، ولو هلك في حالة العمل هلك أمانة، ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك في حالة العمل وادعى الراهن أنه هلك قبل الفراغ من العلم كان القول قول المرتهن لأنه ينكر والبينة بينة الراهن لأنه مدع.

قال رحمه الله: **(ولو استعار ثوباً ليرهنه صح)** لأنه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر التبرع بإثبات ملك العين واليد، ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل لحق البيع زوالاً لأن البيع يزيل الملك دون اليد فيكون رهناً بما رهنه قليلاً كان أو كثيراً حيث أطلق له. قال في المبسوط: مسائله على فصول: أحدها في كيفية الإعارة، والثاني في اختلافهما في الهلاك والنقصان، والثالث في ضمانه بهما..

فصل

. . . .

فصل

فإذا أعار ثوباً ليرهنه فلا يخلو إما إن لم يسم له شيئاً أو سمى له مالاً أو عين له متاعاً أو شخصاً، فإن أعار ثوباً ليرهنه وعين له مكاناً أو شخصاً ولم يسم ما يرهنه به فله أن يرهن بأي قدر وبأي نوع شاء لأنه طلب منه قضاء دينه من هذا المال مطلقاً لأن الرهن إيفاء واستيفاء حكماً، ولو طلب منه قضاء دينه من ماله جاز فكذا هذا، والاستعارة وجدت مطلقة فقد رضي المعير بأن يرهن بما شاء كما لو استعار من رجل دابة ولم يسم ما يعمل بها فله أن يركب ويركب غيره ويحمل عليها فكذا هذا. وإذا سمى مالا مقدوراً فرهن بأقل أو أكثر، فإن كانت قيمتهما سواء أو أكثر فرهنه بأقل مما سمى فيتضرر به المعير فإن بعضه يكون أمانة عند المرتهن وهو لم يرض بذلك بل طلب أن يجعل كله مضموناً، وأما إذا رهنه بأكثر فلأنه قد يحتاج المعير إلى الفكاك ليصير إلى ملكه وربما يتعسر عليه الفكاك متى زادت على المسمى لأنه قد لا يجد الزيادة على المسمى فيتضرر به وهو قد رضي بضمان قليل ولم يرض بقضاء دين كثير فصار مخالفاً. وإن كانت قيمة الثوب أقل من المسمى بأن أعار ثوباً ليرهنه بعشرة وقيمته تسعة، فإن رهن بقدر قيمته تسعة لا يضمن، وأما إذا رهنه بجنس آخر ضمن في الفصول كلها لأن مقصوده من تسمية الدراهم أن يرجع عليه بالدراهم متى هلك الثوب، ومتى رهن بالطعام لا يمكنه الرجوع عليه بالدراهم، ولأنه ربما يحتاج إلى انفكاك وربما يتيسر له الكفاك بالدراهم ويتعسر عليك الفكاك بالطعام فيلحقه يزادة ضرر. وأما إذا أعاره ليرهنه من إنسان بعينه وفرهنه من غيره ضمن لأنه ربما يحتاج إلى أن يقضي دينه لاستخلاص ملكه والناس يتفاوتون في القضاء والاقتضاء فكذلك في الحفظ والأمانة فالرضا بحفظ زيد لا يكون رضا بحفظ عمرو فالخلاف يخلفه زيادة ضرر. ولو أعاره ليرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة ضمن لأن البلدان والأمكنة متفاوتة في الحفظ والصيانة ولأنه يخاف خطر الطريق متى نقل، ولأنه قد يتيسر له الفكاك في المكان المشروط ويتعسر عليه الفكاك في غيره، وإذا اختلفا في الهلاك أو النقصان قبل الاسترداد من المرتهن أو بعده فالقول للمستعير والبينة للمعير لأنه يدعي قضاء دينه من ماله والمستعير ينكر، فإن ادعى الراهن أن المستعير استرد الرهن قبل الافتكاك وصدقه المرتهن يصدق الراهن لأن الراهن والمرتهن تصادقا على فسخ الرهن والرهن عقد جرى بينهما فيكون والقول وقولهما أنهما فسخا ذلك كما في المتبايعين لأن المعير ادعى أنه قضى دينه من ماله وأنكر الراهن فيكون القول قوله ويرجع المعير على الراهن بقدر ما يذهب عنه بالدين لأنه قد صار قاضياً دينه من ماله بهذا القدر بأمره، فإذا هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد

....

الفكاك لا يضمن لأن المستعير إنما يضمن العارية بأحد أمرين: إما بالخلاف أو بأن يقضي دينه منه ولم يوجد أحدهما فأما لا يضمن بالقبض والدفع إلى المرتهن لأنه حصل بإذن المالك. قضى الراهن دينه وبعث وكيلاً يقبض العبد فهلك في يد الوكيل ضمن المستعير إلا أن يكون من عياله كالمودع. وهذه تدل على أن المستعير ليس له أن يودع من ليس في عياله وإن كان له أن يعير من ليس في عياله، وفي الحالين دفع الأمانة إلى من ليس في عياله وذلك لأن الدفع إلى الأجنبي في العارية إنما حصل بإذن المالك لأن المعير ملك المنفعة بالإعارة، ومن ملك المنفعة بغير بدل لم يملك المنفعة بالوديعة ليحصل له الإذن تبعاً لتملك المنفعة. رهن المستعار بألف وقيمته ألف ولم يقبض المال فهلك في يد المرتهن فعلى الراهن ألف للمعير وعلى المرتهن ألف للراهن لأن المقبوض على سوم الرهن مضمون على القابض كالمقبوض بحقيقة الرهن فضمن المرتهن مثل المسمى هو ألف للراهن، وما أخذ من المرتهن بدل العبد فيكون لمالك العبد من حيث إنه بدل ملكه لا من حيث إنه قضى دينه من ماله فإنه لم يكن عليه دين للمرتهن. استعار من رجلين متاعاً للرهن ثم قضى نصف المال وقال هذا عن نصيب فلان يكون عنهما لأن كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين إذ لو جعلنا كل جزء محبوساً ببعض الدين يمكن الشيوع في الرهن وأنه يوجب بطلان الرهن فلا يمكن أن يجعل البعض محبوساً ببعض الدين، فلهذا لو قضى كان ما قضى عن جميع العبد. رهن المستعار بألف وقيمته ألف فقضى الدين وهلك في يد المرتهن فالمرتهن ضامن في الألف يردها على مولى العبد ولا ضمان للمعير على الراهن، وفي رواية أبي حفص ردها على الراهن وردها الراهن على المعير وهو الصحيح لأن المعير صار قاضياً دينه بهلاك الراهن من وقت الارتهان لأنه صار مستوفياً للدين في حق مل اليد والحبس من وقت القبض فظهر أنه استوفى منه الألف وليس عليه دين ولم يكن له حق الاستيفاء فوجب على المرتهن ردها على الراهن لأنه استوفاها منه، ثم يردها على مولى العبد لأنه قضى دينه من ماله بأمره. قبض دابة عارية ليرهنها فركبها ثم رهنها ثم قضى المال ولم يقبض الرهن حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه المستعير للرهن مودع خالف بالركوب وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان. وفي الجامع: أصله أن القاضي نصب لإيفاء الحقوق المحترمة إلى أربابها لا لإبطالها وإهدارها. مات المعير والمستعير لم يكن للورثة الاسترداد لأن فيه إزالة يده وإبطال حقه، ولو كان على المعير دين ولا مال له سواه وفيه فضل عن دين المستعير لم يبع حتى يجتمع الغرماء والورثة لأن أباهم يكون مفيداً لأنه متى لم يبع الرهن ربما يقضي المستعير دين نفسه أو يبرئه المرتهن عن دينه فيسلم الرهن لهم فيبيعون ويقضون حق غريم المعير ويبقى الفضل لهم، ولو بيع بغير رضاهم ربما لا يصل إليهم شيء أو

ولو عين قدراً أو جنساً أو بلداً فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن وإن وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفياً ووجب مثله للمعير على المستعير ولو افتكه المعير لا يمتنع

يصل إليهم أقل مما يصل إليه إذا باعوا بعد قضاء المستعير دينه فكان أباهم مفيداً فيكون معتبراً، وإن لم يكن فيه وفاء بالدين لم يبع إلا أن يشاء المرتهن.

قال رحمه الله: **(ولو عين قدراً أو جنساً أو بلداً فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن)** أي لو عين المعير قدر ما يرهنه به أو جنسه أو البلد الذي يرهنه فيه فخالف كان المعير بالخيار إن شاء ضمن المستعير قيمته. وإن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما متعد في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب، وإنما كان كذلك لأن التقييد مفيد وهو نفي الزيادة لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وبقي النقصان أيضاً لأن غرضه أن يصير مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعدياً فيضمن إلا إذا عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر لا يضمن لأنه خلاف إلى خير لأن غرضه من الرجوع عليه بأكثر حاصل بذلك مع تيسير أدائه لأنه لم يرجع إلا بقدر القيمة لأن الاستيفاء لم يقع إلا به فتعييبه أكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر أدائه، وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لأن كل ذلك مفيد لتيسير بعض الأجناس في التحصيل دون البعض وتفاوت الأشخاص والبلدان في الحفظ والإعانة فيضمن بالمخالفة، فلو قال ضمن حيث كان التقييد مفيداً لكان أولى لأن الإطلاق غير مستقيم فإذا ضمن المستعير ثم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه، وإن ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه في الاستحقاق وقد تقدم له مزيد بيان فراجعه. قال رحمه الله: **(وإن وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفياً ووجب مثله للمعير على المستعير)** لأن قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فيسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لأن قضى بذلك القدر دينه إن كان كله مضموناً وإلا يضمن قدر المضمون والباقي أمانة وهذا ظاهر، وكذا لو نقصت قيمة الرهن بعيب أصابه يذهب من الدين بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا. وقول المؤلف ووجب مثله ليس بظاهر لأن الثوب من القيمي لا من المثلي، وقول ملا مسكين أي وجب مثل الدين للمعير على المستعير كلام فاسد لأن الواجب للمعير على المستعير هنا قيمة الثوب ولو قال وجب بدله لكان أولى والله أعلم. قال رحمه الله: **(ولو افتكه المعير لا يمتنع المرتهن إن قضى دينه)** لأن المعير غير متبرع بقضاء الدين لا فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدى الدين. وقوله «لا يمتنع» محله إذا رهنه وحده، فلو رهن ما استعاره مع شيء آخر لم يأخذه المعير إلا أن يقضي جميع الدين فإذا قضى يأخذ ملكه لا غير. قيدنا بكون المعير قضى الدين لأن الأجنبي إذا قضى الدين فللمرتهن أن يمنعه

....

لأنه متبرع وليس بساع في خلاص ملكه. وفي النهاية: إذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزيادة على قيمته وهو مشكل لأن المعير مضطر إلى دفع الزيادة لخلاص حقه فكيف يمنع من الرجوع مع وجود التضرر. وأجاب في النهاية قال: قلنا الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع بقدر ما يتعلق به الإيفاء فعلى الشارح أن يعزي له الجواب والسؤال، وتقدم بيان ما لو اختلفا في وقت الهلاك أو اختلفا في مقدار ما أمره به فراجعه. ولو كانت العارية عبداً فعتقه المعير نفذ إعتاقه لأنه يملك رقبته والمرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه يستوفي حقه، وإن شاء ضمن المعير القيمة لأن حقه قد تعلق برقبة العبد وقد أتلفه بالإعتاق. ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستعمله قبل أن يرهنه ثم رهنه جاز لأنه لما رهنه أزال التعدي وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق فصار حكمه حكم الرهن وقد هلك عند الراهن بعد الاسترداد ولا يضمن لما ذكرنا أنه أمين، وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لأنها حكم العارية بإنفكاك فصارت يده يد المالك لكونه عاملاً للمالك لتحصيل مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لأنه يده يد نفسه، وإذا تعدى لا يبرأ من الضمان حتى يوصله إلى يد المالك؛ على هذا عامة المشايخ، واختاره صاحب الهداية، واختاره شمس الأئمة الكرخي واختاره شمس الأئمة أنه يبرأ. وقال شيخ الإسلام: إنه يبرأ المستعير إذا زال التعدي كالوديعة واستدل عليه هو بمسألة المستعير مفلساً وأراد المعير البيع وأبى الراهن من بيعه بيع بغير رضاه لأن له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج إلى الرهن فيخلصه بالإيفاء أو تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه. وقوله «ولو افتكه المعبر لا يمتنع إلى آخره» صادق بما إذا كانت قيمته قدر الدين أو أكثر أو أقل.

وقال صاحب الهداية: ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع. اعلم أن قوله «جبراً عن الراهن» في اثناء هذه المسألة من تعلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسألة حين أعسر الراهن كما ذكر شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام البزدوي، وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم: لعل قول المصنف «جبراً عن الراهن» تصحيف عن قول محمد حين أعسر الراهن وقع من الكاتب والقارئ. وقال صاحب معراج الدراية: معنى قوله «جبراً عن الراهن» بغير رضاه ويوافق تقرير صاحب الكافي هذه المسألة حيث قال: ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع إذا قضى دينه. قال صاحب الكفاية: معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن. وقال صاحب العناية: قوله «افتكه جبراً عن الراهن» قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر، وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبراناً لما فات عن

المرتهن إن قضى دينه وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة وجناية الرهن عليهما

الرهن من القضاء بنفسه اهـ. أقول: فيه كلام أما أولاً فلأن ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما إذا أراد أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن إذا لم يفت عن الراهن بإزاء ذاك القضاء بنفسه لعدم مجيء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبراناً لما فات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضاً داخلة في جواب هذه المسألة كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه لم يسمع في العربية جبر عنه، سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران. ومحل الإغلاق في تركيب المصنف إنما هو كلمة عن الداخلة على الرهن لا لكون الجبر بمعنى القهر إذ هو متحقق في مسألتنا بالنظر إلى المرتهن، وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق إلا أن يصار إلى تقدير لما فات جملة وجعله كلمة عن متعلقة بلفظ فإن المندرج في ذلك، ولا يخفى بعده جداً فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية، وظهر مما قدمناه أن قول صاحب الهداية «مثل الدين» قيد اتفاقي لا احترازي. قال رحمه الله: **(وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة)** لأن حق كل واحد منهما يحترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لأن الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال فيجعل المالك كأجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري به عبداً يقوم مقام الأول، وهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث، ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه إن كان من جنس دينه وكان الدين حالاً، وإن كان مؤجلاً يحبسه بالدين فإذا حل بدينه إن كان من جنس حقه وإلا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه. ولم يتعرض المؤلف لما إذا جنى الرهن على الحر الأجنبي قال في المبسوط: العبد الرهن قتل رجلاً خطأ فهذا لا يخلو إما إن كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر، فإن كانت قيمته مثل الدين فالراهن والمرتهن يخاطبان بالدفع أو الفداء لأن لأحدهما حقيقة ملك وللآخر حق يضاهي حقيقة الملك فانتصبا خصماً فاشترط اجتماعهما في خطاب الدفع أو الفداء، فإن دفعاه بطل الدين لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب كان في يد المرتهن، وفي ضمانه فصار كما لو مات حتف أنفه فيتقرر الاستيفاء، فإن اختار أحدهما الدفع وأبى الآخر لا يدفع لأنه إن اختار الراهن الدفع فقد رام إزالة ملك الراهن بغير رضاه فيمنع من ذلك، وإن اختار الفداء فالفداء كله على المرتهن لأن الفداء لدفع الهلاك عن العبد وأحيا به حقه لتطهيره عن الجناية كاتخاذ الدواء لدفع الهلاك وثمن الدواء عليه لأن الهلاك عليه فكذلك الفداء وصار كالعبد المغصوب إذا جنى فالجناية على الغصب لأن الهلاك عليه فكذا هذا، ولا يرجع بالفداء على الراهن لأنه قضى حقاً واجباً عليه. وإن فداه الراهن كان قضاء بالدين إن بلغ الفداء كل الدين ولا يبقى رهناً، وإن بلغ بعضه فبقدره لأنه غير متبرع في الفداء لأن فيه استصلاح ملكه واستخلاص

....

حقه فإن العبد مشغول بالجناية والعبد يظهر عن الجناية ويحيي ملكه والمالك لا يوصف بالتبرع في اصلاح ملكه وإحيائه فقد قضى واجباً على المرتهن وهو مضطر فيه فكان له الرجوع عليه كمن إعاره عند رهنه بدينه ثم قضى المعير دين المستعير يرجع بما قضى على المستعير لأنه يحتاج إلى تخليص ملكه فيطهره عن شغل الرهن فكذا هذا، فإن هلك في يد المرتهن بعدما فداه الراهن يرد على الراهن الفداء لأن الرهن بريء عن الدين بالإيفاء لأنه صار موفياً دينه بالفداء.

قال بعض مشايخنا: إنه يرد الألف المستوفاة بهلاك الرهن وما وجد بعد الألف لم يستند إلى وقت الرهن لأن للفداء حكم الجناية والجناية فعل حقيقي لا يحتمل النقص والإسناد لا يظهر في حق التصرفات التي لا تحتمل النقص فاحتمل فاقتصر الاستيفاء بالهلاك على الحال، وإن كان الاستيفاء بالهلاك آخرهما فيرد ما استوفاه آخراً وصار كما لو رهن بالمهر أو ببدل الخلع ثم استوفى المرتهن دينه ثم هلك الرهن في يده يرد ما قبض لأن قضاء المهر يحتمل النقض. وإن كان سبب وجوب الدين لا يحتمل النقض وهو النكاح والخلع فكذا هذا كله إذا اختار الفداء أو الدفع، فإن اختار أحدهما الفداء والآخر الدفع فالفداء أولى لأن الذي اختار الدفع متعنت فيه؛ أما الراهن فلأن في الدفع إبطال حق المرتهن في الحبس ولا يزول ملكه عن العبد ويزول ملكه عن الفداء إلى خلف فإنه يرجع به على المرتهن فكان الفداء له أنفع من الدفع، والمرتهن بالدفع قصد إلحاق الضرر بالراهن من غير نفع يحصل له لأن دينه يسقط في الحالين، وفي الدفع إزالة ملك الراهن، وفي الفداء إبقاؤه على ملكه فكان متعنتاً ولا عبرة لاختيار المتعنت. هذا كله إذا كانت قيمة الرهن مثل الدين أو أقل، فإن كانت أكثر بأن كانت قيمة العبد ألفين والدين ألف، فإن اختار الفداء فالفداء عليهما نصفين لأن نصفه مضمون على المرتهن ونصفه أمانة عنده فيقدر الضمان على المرتهن وتقدر الأمانة على الراهن اعتباراً للبعض بالكل، فإن فداه الراهن فهو متبرع إن كان الراهن حاضراً، وإن كان غائباً يرجع على الراهن بنصفه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يرجع في الحالين لأنه قضى ديناً عن غيره بغير أمه وهو غير مضطر فيه لأن الراهن يجبر على فداء النصف متى أجاز المرتهن الفداء ولا يصلح ملكه ولا يحيي حقه لأنه لا ملك له في العبد ولا حق له في نصف الأمانة ولا كذلك الراهن. وله أن للمرتهن في نصف الأمانة حق الحبس والإمساك إن لم يكن مضموناً عليه وهو محتاج إلى إحياء حقه وإصلاحه وفي الفداء إحياء حقه من وجه فإن يصل إلى حقه بإمساكه فيكون محتاجاً إلى الفداء فلا يوصف بالتبرع فيحتاج إلى الفداء، ولو فداه الراهن والمرتهن غائب لم يكن متطوعاً اتفاقاً وخرج عن الرهن لأنه يصلح ملك نفسه ويحيي حقه والمالك في إصلاح ملكه لا يكون متبرعاً إلا أن يشاء المرتهن أن يؤدي نصف الفداء. ولو دفعه الراهن فللمرتهن إن

....

حضر أن يبطل دفعه ويفديه لأنه لا ينفرد أحدهما بالدفع لما بينا، وإذا رهن عبداً قيمته ألف بألف ففقأ عيني عبد قيمته ألف فدفع به وأخذ الأعمى فهو رهن بألف عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يدفع العبد بجنايته والعبد المدفوع يقوم صحيحاً أو أعمى فيبطل من الرهن بقدره إن كان ثلثان فيبطل ثلثا الدين ويصير الأعمى رهناً بما بقي من الدين، وإن شاء الراهن سلمه للمرتهن بما بقي من الدين، وإن شاء أخذه بما بقي، وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الجثة العمياء تقوم مقام الصحيح لحماً ودماً، وكذلك تقوم مقام القيمة لزوماً وحتماً حتى لا يكون صاحب الجثة العمياء أن يمسك الجثة ويضمن النقصان فيصير كأن التامة في يد المرتهن إلا أنه انتقصت قيمته بتراجع السعر فيبقى بجميع الدين. وعند محمد رحمه الله تعالى قيمة الجثة العمياء لا تقوم مقام الجثة والعينين جميعاً ولا تكون بدلاً عنهما حتى إن له أن يمسك الجثة ويرجع بقيمة النقصان فكذلك العبد الجاني يكون بعضه بإزاء الجثة وبعضه بإزاء العينين، فما كان بإزاء العينين فات لا إلى بدل، وما كان بإزاء فات إلى بدله فسقط ما كان بإزاء العينين ويبقى ما كان بإزاء الجثة. وعند أبي يوسف كذلك القيمة بإزاء الجثة والعينين متى اختار المفقوء عينه إمساك الجثة وتضمين النقصان، فأما إذا اختار دفع الجثة وأخذ الجاني فالجاني كله يكون بدلاً عن العينين لا عن الجثة لأن الجاني إنما وجب دفعه بسبب الجناية فيقوم مقام الفائت بالجناية والفائت بالجثة العينان لا الجثة، وكان كما لو فقأ عيناً واحدة وأخذ نصف قيمة المفقوء كان المأخوذ بدلاً عن الفائت فكذا إذا فقأ العينين إلا أن بدل العينين بدل جميع الرقبة كما في الحر والأصل أن توفر على المالك بدل ملكه فإن يزال المبدل عن ملكه حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وقد تعذر إزالة العين عن ملك المفقوأة لفواتها عن ملكه فجعلنا الجثة قائمة مقام العينين، والمدفوع كان بإزاء العينين فصار الرهن فائتاً إلى خلف وإن كان أقل قيمة فيبقى بجميع الدين. عبد الرهن أتلف متاعاً لرجل يباع فيه، فإن بقي من ثمنه شيء فهو رهن لأنه بدل بعض الرهن فيقوم مقام المبدل كأرش طرفه، فإن بقي شيء فهو للمرتهن لأنه بالبيع صار كلها لك في حقه فصار مستوفياً ومتملكاً له فيكون الثمن بدل ملكه فيكون له.

ولم يتعرض المؤلف لمسائل جناية الرهن بالحفر وفي المبسوط: رهن عبداً بألف فحفر العبد عند المرتهن بئراً في الطريق ثم افتك الرهن وأخذ العبد فهو على أربعة أوجه: إما إن وقع فيها دابة ثم دابة أوقع فيها إنسان ثم إنسان أو وقع فيها إنسان ثم دابة؛ فإن وقع فيها دابة وتلفت وهي تساوي ألفاً فالعبد يباع في الدين إلا أن يفديه المولى لأن العبد أتلف الدابة بالحفر، والعبد إذا أتلف مال إنسان يقال لمولاه إما أن تبيع العبد أو تقضي دينه، فإن باع العبد بألف وأخذها صاحب الدابة يرجع الراهن على المرتهن بالدين الذي قضاه، فإن العبد تلف في ضمان المرتهن لأنه زال عن ملك المولى بسبب تحقق في ملك المرتهن فيعتبر كما لو

....

زال عن ملكه بالموت في يد المرتهن وقد استوفى دينه بل ذلك فيرجع الراهن عليه بما قبضه بحقيقة الاستيفاء، وصار كالعبد المغصوب إذا حفر في يد الغاصب بئراً في الطريق ثم رده على مولاه ثم تلف في البئر دابة فالحكم كما وصفنا فكذا هذا. وإن وقع في البئر دابة أخرى قيمتها ألف شارك صاحب الدابة الأولى ويأخذ نصف ما أخذه لأنه يصير متلفاً الدابتين بالحفر من وقت تسبباً لأنه لا فعل له سوى الحفر فكان سبب تلف الدابتين الحفر فصار متلفاً الدابتين معاً فصارت قيمتهما ديناً على العبد، ولا يرجع المولى على الراهن بشيء لأن حقه في ثمن العبد واكتسابه، وما أخذه الراهن من المرتهن ليس ثمن العبد ولا كسبه. وأما إذا تلف فيها إنسان فدفع العبد به رجع الراهن على المرتهن بما قضاه من الدين لأن العبد تلف بسبب كان في يده فيصير مستوفياً الدين من وقت الرهن وقد استوفى مرة أخرى قبل ذلك فيلزمه رد أحد الدينين، فإن تلف فيها إنسان آخر بعدما دفع العبد فولى الثاني يشارك الأول في العبد لما بينا، فإذا وقع فيها دابة فبيع العبد وصرف ثمنه إلى صاحبها ثم وقع إنسان فمات فدمه هدر، وكان يجب أن ينقض البيع ثم يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع بدين العبد. والجواب عنه أن نقض البيع لا يفيد لأنا لو نقضناه احتجنا إلى اعادة مثله ثانياً فيكون اشتغالاً من القاضي بما لا يفيد، والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد. وأما إذا وقع فيها آدمي ومات فدفع العبد بالجناية ثم وقع فيها دابة فيقال لولي القتيل إما أن تبيع العبد أو تقضي الدين لأن الجنايتين استندتا إلى وقت الحفر فكأنهما وقعا معاً فيدفع العبد إلى ولي الجناية ويخير بين البيع والفداء فكذا هذا. ويمكن أن يقال: ينبغي أن يعلم أولاً أن العبد إذا جنى إما أن تكون جنايته على آدمي أو غيره من مال حيوان أو غيره ويختلف الحكم. قال محمد في الأصل: إذا جنى العبد على آدمي جناية موجبة للمال فمولاه بالخيار إن شاء دفعه بها، وإن شاء فداه بدفع أرشها. وفرق بين جنايته على آدمي وجنايته على المال ففي الجناية على الآدمي يخير المولى بين الدفع والفداء، وفي جنايته على مال الغير يخير المولى بين البيع ودفع الثمن وبين فدائه، ففي حفر البئر في الطريق مثلاً إذا وقع فيها دابة مثلاً فتلفت فباع المولى العبد ودفع ثمنه في الجناية لرب الدابة ثم تلفت فيها دابة أخرى يتبع رب الدابة الثانية رب الدابة الأولى لأن المولى لما باعه ودفع ثمنه فقد فعل ما هو الواجب عليه وخرج من العهدة، فلما وقع الآدمي ثانياً فقد هدر دمه لتعذر الطلب على المالك بعد خروجه من العهدة وثمنه قام مقام مخلص العبد للمشتري، وفي المسألة الثانية لما دفعه بعينه لولي الجناية الأولى ثم وقع في البئر إنسان آخر والعبد بعينه باقٍ في ملك صاحب الجناية الأولى وقد تجدد عليه جناية بوقوع الثاني فيه وتلف بسبب حفره السابق وقد دفع بعينه للأول فيخاطب مالكه، وفي الجناية الأولى بما هو الأصل من الدفع أو الفداء ويتجه قوله لأن الجنايتين استندتا إلى وقت الحفر إلى آخره هذا، وقد يجاب بأنا لا نسلم أنه لا يهدر دمه لما ذكرنا في المبسوط في جناية العبد في الحفر لو حفر عبد بئراً في الطريق فأعتق فأوقع فيه

وعلى مالهما هدر ولو رهن عبداً يساوي ألفاً بألف ورجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل

رجل فمات فعلى المولى قيمته لجنايته في ملكه ثم قال: فإن وقع فيها آخر اشتركا في القيمة لأنه بالإعتاق أتلف رقبة واحدة فعليه قيمة واحدة فهي بينهما، فإن وقع فيها العبد نفسه فوارثه يشارك الأول في ملك القيمة لأن العبد بعد العتق طهر في تلك الجناية وصار كغيره من الأجانب. وعن محمد أن دمه هدر والأصل أن العبد لو حفر بئراً في الطريق ثم أعتق ثم وقع فيها فمات فدمه هدر لأنه كجان على نفسه. وظاهر الرواية أن على المولى قيمته لورثته لما ذكرنا أنه لما عتق طهر من الجناية. عبدان حفرا بئراً في الطريق فوقع فيها عبد الرهن فدفعا به ثم وقع أحدهما فيها فمات بطل نصف الدين وهدر دمه لأنهما قاما مقام العبد الأول وأخذا حكم الأول، ولو وقع العبد الأول في البئر وذهب نصفه بأن ذهبت عينه أو شلت يده وسقط نصف الدين فكذا هذا.

قال رحمه الله: **(وجناية الرهن عليهما وعلى مالهما هدر)** ولا يخفى أن هذا الإطلاق غير ظاهر. ولو قال المؤلف وجنايته على الرهن الموجبة للمال وعلى ماله هدر وعلى المرتهن فيما دون النفس أو في ماله هدر كان أولى لأن الجناية على الراهن الموجبة للقصاص معتبرة في النفس والأطراف فيما توجبه وعلى المرتهن في النفس الموجبة للقصاص معتبرة ومحل كونها هدراً في حق المرتهن حيث لا فضل في قيمته عند الإمام. قال الشارح: أطلق الجواب والمراد جناية لا توجب القصاص وإن كانت توجبه معتبرة حتى يجب عليه القصاص، أما المرتهن فظاهر لأنه أجنبي عنه وكذا المولى لأنه كالأجنبي عنه في حق الدم إذا لم يدخل في ملكه لا من حيث المالية ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل وإقرار العبد بها جائز والإقرار بالمال على عكسه، فإذا لم يكن في ملكه من ذلك الوجه صار أجنبياً عنه بخلاف ما يوجب المال لأن ماليته ملك المولى ويستحق المرتهن فلا فائدة في اعتبارها إذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبي حنيفة لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن على الغاصب فكانت كجنايته على غير ملكه فاعتبرت. وهذا الحكم فيها فيما إذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بأن كانت على غير الآدمي في النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبي حنيفة. وقالا: إن كانت جنايته على الراهن فكذلك، وإن كانت على المرتهن فمعتبرة لأن في اعتبارها فائدة تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية المرتهن عليه جناية على غير المالك غير أنها سقطت لعدم الفائدة في جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا، وهذه أفادت ملك رقبة العبد وإن كان دينه يسقط بذلك لأنه قد يختار ملك رقبة العبد، وربما يكون بقاء الدين أنفع له فيختار أيهما شاء، ثم إذا اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك بطل الرهن بسقوط الدين بهلاكه لأنه دفعه بالجناية يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين، ولهذا لو

....

....

جنى على الأجنبي فدفع بها سقط الدين، وإن لم يدفع بالجناية فهو رهن على حاله. ولأبي حنيفة أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا تفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف في العبد المغصوب فإن جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده، وعندهما تعتبر. وما ذكرا من الفائدة غير ظاهر لأن أخذ العبد بالجناية لا يكون إلا باختيار المالك. وفي رواية عن أبي حنيفة إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين، فإن كانت جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها لأن الزائد أمانة فصار كجناية العبد المودع. قيد بقوله «عليهما» لأن جنايته على أولادهما معتبرة فلو جنى الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فهيَ معتبرة في الصحيح حتى يدفع بها أو يفيد، وإن كانت على المال فيباع كما إذا جنى على الأجنبي إذ هو أجنبي كسائر الأملاك. هذا ولم يتعرض المؤلف لبقية الجناية التي تكون هدر أو لجناية بعض الرهن على بعض قال في المبسوط: أصله أن جناية المشغول على المشغول هدر لكن يسقط الدين في المجني بقدره وجناية المشغول على الفارغ، والفارغ على الفارغ، وجناية الفارغ على المشغول معتبرة وينتقل ما في المشغول من الدين إلى الفارغ فيصير رهناً مكانه لأن الجناية إنما تعتبر لحق المرتهن في المجني عليه لا لحق الراهن لأن كلاهما ملكه، واعتبار الجناية لحق المرتهن لا يفيد إلا في جناية الفارغ على المشغول لأنها إنما تعتبر ليشتغل الجاني بما كان من المجني عليه وهو الحبس، وهذا ثابت قبل الجناية فإن الجاني كان محبوساً بالدين الذي كان المجني عليه محبوساً به، ولهذا جناية الفارغ على الفارغ هدر لأنه لا شغل فيها بحق الحبس. وإذا لم يفد اعتبارها صار كأنه فات بآفة سماوية فإن جناية الفارغ على المشغول تفيد لأن الدين تحول إليه من المجني عليه فقام مقامه.

ثمَّ المسائل على فصول: أحدها في الجناية على الرهن. والثاني في جناية ولد الرهن. والثالث في جناية الرهن المستعار. وإذا ارتهن دابتين فأتلفت إحداهما الأخرى ذهب من الدين بحسابها بخلاف ما لو كان الرهن عبدين فقتل أحدهما الآخر يتحول بين المقتول إلى القاتل لأن جناية العجماء جبار لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح العجماء جبار» فكان قتل إحداهما الأخرى بمنزلة موتها حتف أنفها. وأما جناية الرقيق على الرقيق فمعتبرة حتى يجب القصاص أو يجب الدفع أو الفداء فقام القاتل مقام المقتول فيتحول دين المقتول إلى القاتل، ثم بأي قدر يتحول إليه سيأتي. ارتهن عبدين فلا يخلو إما إن ارتهنهما في صفقة واحدة أو في صفقتين، فإن ارتهنهما في صفقة بألف وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما صاحبه فالباقي رهن بتسعمائة وخمسين لأن كل واحد منهما نصفه مشغول ونصفه فارغ فالنصف الفارغ من العبد المقتول تلف بجناية الفارغ على المشغول وبجناية الفارغ على الفارغ وذلك كله هدر، والنصف من النصف المشغول تلف بجناية المشغول على المشغول وذلك هدر فصار كأنه رهن بسبعمائة

....

وخمسين، ولو لم يقتله ولكن فقأ عينه فلا يخلو إما أن يكون فقأ عين الآخر لا غير أو فقأ كل واحد عين الآخر متعاقباً أو معاً، فإن فقأ أحدهما عين الآخر لا غير كان الفاقئ رهناً بستمائة وخمسة وعشرين والآخر بمائتين وخمسين ولا يفتكهما إلا جميعاً، وأما المفقوءة عينه لأنه كان رهناً بخمسمائة والفاقئ بالفقئ أتلف منه نصفه لأن العين من الآدمي نصفه ونصفه فارغ ونصفه مشغول فيبقى نصف الدين بإزاء النصف القائم، والجناية على النصف الفارغ من العين هدر لأنه تلف بجناية الفارغ على الفارغ أو بجناية المشغول على الفارغ، وهذا كله هدر والجناية على نصف المشغول هدر لأن نصف نصفه تلف بجناية المشغول لأن الفاقئ نصفه مشغول ونصفه فارغ وجناية المشغول على المشغول هدر فيسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف نصف المشغول معتبرة لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون، والجناية على نصف نصف المشغول معتبرة لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون فبقي دين المفقوءة عينه مائة وخمسة وعشرين فكان رهناً، وتحول من دينه إلى الفاقئ قدر ربعه مائة وخمسة وعشرين فكان الفاقئ رهناً بستمائة وخمسة وعشرين وسقط من دين المفقوءة عينه قدر ربعه وذلك مائة وخمسة وعشرون، ولا ليفتكهما إلا جميعاً لأن الرهن واحد. ولو أن المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ الأول ثلاثمائة واثني عشر ونصف والفاقئ الآخر يكون رهناً بأربعمائة وستة وربع لأن الفاقئ الآخر أتلف نصف الفاقئ الأول وبقي نصفه فيبقى نصف الدين بإزاء نصف الباقي وذلك ثلاثمائة واثنا عشر ونصف لأن الجناية على النصف الفارغ هدر، وعلى نصف نصف المشغول أيضاً هدر يسقط ما بإزائه من الدين وذلك ربعه وهو مائة وستة وخمسون، وعلى نصف نصف المشغول معتبرة لما مضى فتحول ما بإزائه من الدين إلى الفاقئ الآخر هو ربعه وذلك مائة وستة وخمسون، بقي الفاقئ الأول بأربعمائة وستة وربع. ولو فقأ كل واحد منهما عين الآخر بقي الفاقئ الأول رهناً بثلاثمائة واثني عشر ونصف صار الفاقئ الثاني رهناً بأربعمائة وستة وربع، ولو فقأ كل احد منهما عين الآخر معاً ذهب من الدين ربعه وبقي كل واحد ثلاثة أرباع خمسمائة لأن الأصغر لما فقأ عين الأكثر فقد أتلف منه نصفه فيبقى نصف نصف الدين بإزاء النصف الباقي والنصف التالف من الأكبر نصفه فارغ ونصفه مشغول والجناية على النصف الفارغ هدر، والجناية على نصف النصف المشغول هدر، فسقط ما بإزائه من الدين وذلك ربعه، والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيتحول ما بإزائه إلى الأصغر وذلك ربعه وسقط من دين الأصغر ربعه أيضاً لأن الجناية على نصف النصف المشغول هدر فسقط ما بإزائه من الدين.

فالحاصل أنه بقي من دينه مائتان وخمسون وتحول إليه من دين الأكبر ربعه رهناً بثلاثة

....

أرباع خمسمائة، وأما إذا ارتهن عبدين كل واحد بخمسمائة بصفقة على حدة فقتل أحدهما صاحبه، فإن لم يكن فيهما فضل عن الدين روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يسقط ما في المجني عليه لأنه لا فائدة في الدفع للمرتهن وهدرت الجناية، فإن كان فيهما فضل يخير الراهن والمرتهن إن شاء جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما في المقتول من الدين، وإن شاء أفديا القاتل بقيمة المقتول وغرم كل واحد خمسمائة فكانت القيمة رهناً مكان المقتول. والقاتل رهن بحاله لأن المقتول كله تلف بجناية الفارغ لأن الصفقة متى تفرقت فالحق المتعلق بأحدهما لا يتعلق بالآخر فكان كل واحد منهما فارغاً عن الآخر، ولهذا لو قضى دين أحدهما كان له أن يفتكه وجناية المشغول على الفارغ معتبرة فصار كما لو جنى أحدهما على عبد لأجنبي يخير الراهن والمرتهن بين الدفع والفداء فكذا هذا. وإن اختار الفداء فكذا هذا. وإن اختار الفداء غرم كل واحد خمسمائة لأن نصف القاتل مضمون على المرتهن وعبده أمانة عنده فكان الفداء عليهما اعتباراً للبعض بالكل، وإن كان فقأ أحدهما عين الآخر فقيل لهما ادفعاه أو افدياه بأرش عليه الآخر لأن إتلاف البعض يعتبر بإتلاف الكل، وفي إتلاف الكل يخير فكذا في إتلاف البعض، فإن دفعه بطل ما فيه من الدين، وإن فدياه كان الفداء عليهما نصفين رهناً مع المفقوءة عينه. ولو قال المرتهن لا أفدي وادع الرهن على حاله له ذلك والمفقوءة عينه ذهب نصف باقية لأن هذه الجناية إنما تعتبر لحق المرتهن لا لحق الراهن لأنه لو طلب الجناية ودفع الجاني سقط نصف الدين، ولو ترك الجناية يسقط ربع الدين فكان في طلب الجناية ضرر بالمرتهن، فإذا رضي بإبطال حقه فله ذلك ويسقط اعتبار الجناية، ولو قال الراهن افديه وقال المرتهن لا أفديه للراهن أن يفديه بأرش الجناية كلها لأنه محتاج إلى الفداء ليخلص عبد الرهن عند الجناية، فإن فداه يكون له نصف ذلك عما على المرتهن في العبد الجاني ويبطل في حقه من العبد الجاني نصفه لأن الراهن مضطر إلى الفداء يحيي ملكه والإنسان فيما يحيي ملكه لا يكون متبرعاً فيكون له حق الرجوع عليه وللمرتهن عليه مثله فيلتقيان قصاصاً فيصير مؤدياً دين القاتل فيخرج القاتل من الرهن، وإن أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أفدي وفدى يكون متطوعاً فيه إذا كان الراهن حاضراً لأن بقدر المضمون أدى عن نفسه وبقدر الأمانة أدى عن الراهن وهو غير مضطر فيه لأنه غير محيي ملكه فيكون متبرعاً. وإن كان الراهن غائباً كان على الراهن نصف الفداء ديناً، قيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يكون متبرعاً كان الراهن حاضراً أو غائباً لما يأتي. ولو قتل العبد المرهون نفسه أو فقأ عينه فلا شيء عليه كما لو مات لأن جناية الإنسان على نفسه هدر لما تبين، إذا كان الرهن أمتين قيمة كل واحدة ألف فولدت كل واحدة تساوي ألفاً والدين ألف فقتلت إحدى البنتين صاحبتها لم يبطل من الدين شيء والباقي رهن بألف كلها لأن الدين لم ينقسم عليهما وعلى ولديهما أرباعاً على سبيل الترقب والانتظار لأن قيمتهما على السواء فصارت كل واحدة فارغة وربعها مشغول

....

بالدين لأن قيمة كل واحدة مثل الدين والمقتولة ثلاثة أرباعها فارغة وربعها مشغول والجناية على ثلاثة أرباعها هدر لأنه تلف بجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على الفارغ إلا أنه لا يسقط ما بإزائه من الدين ولكن يلحق باقيها لأن بفوات الدين يتحول ما فيه من الدين إلى الأم والجناية على ثلاثة أرباع، ربع المشغول معتبرة لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين على القاتلة فصارت القاتلة رهناً بسبعمائة وخمسين. وأما القاتلة كانت رهناً بمائتين وخمسين وذلك كله ألف إن ماتت أم المقتولة بقيت القاتلة وأمها بسبعمائة وسبعة وثمانين ونصف لحقها من الجناية وافتكها بذلك. أمة مرهونة بألف وقيمتها ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فجنى الولد فدفع بها لم تبطل من الدين شيء لأن دفع الولد بمنزلة الهلاك، ولو هلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا هذا. وإن فقأت الأم عيني البنت فدفعت الأم وأخذت البنت فهي رهن بألف كاملة لأن الأم إن ماتت مات بجميع الألف عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى يسقط من الدين بقدر نقصان العين لأن عنده في الجثة العمياء إذا اختار مولى الفاقئ الدفع وأخذ الجثة له ذلك، وليس لمولى المفقوءة إمساك الجثة يضمن النقصان، وكذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا اختار مولى المفقوءة دفع الجثة وأخذ الفاقئ فالرهن كله فات إلى خلف فيقوم الخلف مقامه، وعند محمد رحمه الله تعالى لمولى المفقوءة إمساك الجثة ويضمن النقصان وكان الفاقئ بدلاً عن الجثة وعن العينين جميعاً فما بإزاء العينين من الرهن قد بطل لأن العينين لم تصر ملكاً للراهن ولا وصل إلى المرتهن فكان الرهن بقدر الجثة فائتاً بخلف فيكون رهناً به، فإن فقأت الأم بعد ذلك عيني البنت فدفعت وأخذت الأم عمياء ففي القياس تكون رهناً بجميع المال لأن البنت قامت مقام الأم بالدفع كما قامت الأم مقام البنت بالدفع في جميع الرهن.

وفي الاستحسان يعود الرهن الأول على حاله ويذهب منه بحساب ما نقص من العينين لأن الأم كانت أصلاً في الرهن والبنت جعلت بدلاً عنها وتبعاً لها، فإذا دفعت الأم بالبنت فقد وقعت القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبلد لأن المقصود من الرهن الإيفاء ولم يوجد الإيفاء فسقط اعتبار البدل فبقيت الأم أصلاً في الرهن كما كانت قبل الدفع لا بدلاً عن البنت فكانت أصلاً ولو ذهبت عيناه يسقط من الدين بحساب العمياء فكذا هذا، لأن البنت لما جعلت بدلاً وتبعاً للأم في الرهن، فلو قامت الأم مقام البنت يكون في هذا المتبوع تبعاً لتبعيته وهذا خلاف موضوع الشرع فلا تقوم الأم مقام البنت بل تبقى أصلاً وتبقى رهناً كما كانت رهن أمة تساوي ألفاً بألف فولدت ولدين كل واحد يساوي ألفاً فجنى أحدهما فدفع ثم فقأت الأم عينه فدفعت الأم وأخذ الولد مكانها فالولدان بألف، وهذا عندهما لأن الابن الأعمى يقوم مقام الأم والأم مع الابن الصحيح كأنها رهناً بجميع الدين وكذلك الابنان. وعند محمد رحمه الله تعالى يسقط مع الدين بقدر نقصان الأعمى، فإن مات الأعمى

....

ذهب نصف الدين، فإن حتى الولد الباقي على الأم فدفع وأخذ عاد الرهن إلى حاله الأول وذهب من الدين بحساب ما ذهب من الأم استحساناً. وفي القياس يكون بما كان من الولد لما بينا. رهن أمتين تساوي كل واحدة ألفاً فولدت كل واحدة ولداً يساوي ألفاً، ثم إن أحد الولدين قتل أمه لم يلحقه من الجناية شيء وكان رهناً بمائتين وخمسين وذهبت الأم بما فيها مائتين وخمسين لأن جناية ولد الرهن على الأم هدر لأنه تبع للأم وفي حق الرهن لأن عقد الرهن لم يرد عليه وإنما صار رهناً تبعاً للأم فصار كسائر أطرافها وجنايتها على طرفها هدر فسقط ما فيها فكذا هذا. ولو أن الأم قتلت ولدها عاد نصيبه إليها لأن جنايتها على ولدها إن كانت مهدرة صار كأن الولد مات حتف أنفه ويخلف ما فيه إلى أمه، ولو لم يكن كذلك لكن أحد الولدين قتل الولد الآخر كانت أم المقتول وثلاثة أثمان القاتل رهناً بخمسمائة وخمسة أثمان القاتل وأمه رهن بخمسمائة قال: والصواب أن يقال بأن ثمن القاتل ونصف ثمنه مع أم المقتول رهناً بخمسمائة وستة أثمان القاتل ونصف أم القاتل بخمسمائة لأن الدين انقسم بينهم أرباعاً لاستواء قيمتهم فصار بإزاء كل واحد منهم مائتان وخمسون وثلاثة أرباع المقتول فارغ عن الدين لأن قيمته ألف وربعه مشغول والقاتل كذلك، والجناية على ثلاثة أرباع الفارغ هدر والجناية على ربع الربع المشغول هدر لأنه تلف بجناية المشغول على المشغول فيتحول ما بإزائه إلى أم المقتول وذلك اثنان وستون ونصف، والجناية على ثلاثة أرباع هذا الربع معتبرة لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه إلى القاتل وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وذلك ثلاثة أرباع مائتين وخمسين فصار ما في المقتول وهو مائتان وخمسون على اربعة أسهم فصار الألف على ستة أسهم وقد تحول ثلاثة منها إلى القاتل وثلاثة من ستة عشر يكون ثمنه ونصف ثمنه والباقي ستة أثمان ونصف ثمنه، فإن مات القاتل لم يسقط من الدين شيء لأنه بهلاك ولد الرهن لا يسقط شيء، فإن لم يمت وماتت أمه ذهب ربع الدين لأنه كان بإزائها ربع الدين، ولو لم تمت أمه ولكن ماتت أم المقتول ذهب من الدين خمسة أثمان خمسمائة أربعة أثمانها دين نفسها وهو مائتان وخمسون وثمنها بسبب الجناية على ولدها وبقي القاتل رهناً بسبعة أثمان خمسمائة أربعة أثمان دين نفسها وذلك مائتان وخمسون وثلاثة أثمان تحول إليه من دين المقتول وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وخمسون ومائتان في عتق أمه فيفتكهم به الراهن. رهن عبداً وأمة بألف قيمة كل واحد ألف ولدت الجارية ولداً يساوي ألفاً فجنى الولد ودفع به ثم فقأ الولد عيني العبد وأخذ مكانه فيكون مع الأم رهناً بجميع الدين لأن الولد قام مقام العبد لأنه الرهن، فإن نكله واخلف بدلاً لأنه فات العبد وأخذ بإزائه بدلاً صحيح العينين فقد فات كل الرهن إلى خلف فيقوم مقام الأصل في الرهن، فإن قتل الولد أمه أو الأم الولد فالقاتل رهن بسبعمائة وخمسين لأن كل واحد منهما رهن بخمسمائة فيكون نصفه فارغاً ونصفه مشغولاً والجناية على النصف الفارغ وعلى نصف

خطأ وغرم مائة وحل الأجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء لحقه ولا يرجع على الراهن

النصف المشغول هدر فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائتان وخمسون والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل فيصير القاتل أيهما كان رهناً بسبعمائة وخمسين. ولو جاء العبد الأعمى فقتل القاتل ودفع به كان رهناً بسبعمائة وخمسين وهذا قياس. وفي الاستحسان يسقط من الدين يقدر نقصان العينين وقد مر فيما تقدم. وإذا استعار من رجلين عبدين قيمة كل واحد ألف فرهنهما بألف ففقأ أحدهما عين الآخر ثم المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ فهنا أحكام ثلاثة: حكم بين المستعير والمرتهن، وحم فيما بين المستعير والمعيرين، وحكم فيما بين المعيرين. أما الحكم فيما بين المستعير والمرتهن فنقول: إن كل عبد نصفه فارغ ونصفه مشغول فلما فقأ عين الأكبر الأصغر فقد أتلف نصفه لأن العين من الآدمي نصفه فالجناية على النصف الفارغ وعلى النصف المشغول هدر لما بينا فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون، والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون فبقي الأصغر رهناً بمائتين وخمسين فصار الأكبر رهناً بستمائة وخمسة وعشرين، ثم لما فقأ الأصغر عين الأكبر فقد أتلف نصف الأكبر وبإزاء نصفه ثلاثمائة واثني عشر ونصف فسقط نصف ذلك وذلك مائة وستة وخمسون وربع ويتحول نصف الآخر وذلك ربع الأصغر فبقي الأكبر رهناً بثلاثمائة واثني عشر ونصف وصار الأصغر رهناً بأربعمائة وستة وربع فيكون جملة ذلك سبعمائة وثمانية عشر وثلاثة أرباع وسقط مائتان واحد وثمانون وربع. وأما الحكم فيما بين المعير والمستعير فالمستعير يفتك العبد بسبعمائة وثمانية عشر درهماً وثلاثة أرباع درهم وعليه أيضاً لولي العبد المفقوءة عينه أولاً مائة وخمسة وعشرون ولولي العبد المفقوءة عينه آخراً مائة وستة وخمسون وربع لأن كل واحد من الموليين صار قاضياً دينه من عبده هذا القدر. وأمال الحكم فيما بين المعيرين وهو أن يقال لمولى العبد الأكبر ادفع ثلاثة أرباع عبدك إلى الثاني وافده بثلاثة أرباع أرش الفاقئ الآخر لأنه وصل إليه ربع أرش العين من جهة المستعير لأنه وصل إليه من جهة المستعير مائة وخمسة وعشرون وذلك ربع أرش العين لأن أرش العين الواحدة خمسمائة متى كانت قيمة العبد ألفاً ولم يصل إليه ثلاثة أرباع أرض العين، فإن فدى يقال المولى الأصغر ادفع من عبدك ثلاثة أخماسه وثلاثة أثمان خمسه ونصف ثمن خمسة أو افده بمثل ذلك من أرش العين لأنه وصل إلى مولى الأكبر من جهة المستعير مائة وستة وخمسون وربع أرش العين وأربعة أثمان أخماسه ونصف ثمن خمس، فإذا دفع أو فدى فقد برئ من حي فظهر كل عبدين جنائين وعشر ولا يرجع واحد على صاحبه بشيء.

قال رحمه الله: **(ولو رهن عبداً يساوي ألفاً بألف ورجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل خطأ وغرم مائة وحل الأجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء لحقه ولا يرجع على الراهن بشيء)**

بشيء ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فإن قتله عبد

أصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا وقد قدمنا ما فيه من التفصيل خلافاً لزفر، وهو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين. ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر في المبيع حتى إذا حصل في المبيع قبل القبض لا يثبت للمشتري الخيار، ولو حصل في الغصب لا يوجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين على ما تقدم. وإذا قتله حر غرم قيمته يوم الإتلاف لأن القيمة تعتبر يوم الإتلاف لأن المولى استحقه بسبب المالية بحق المرتهن يتعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه. ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد الراهن يد استيفاء من الابتداء أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً للألف بمائة لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين، فإذا هلكت يصير مستوفياً لتسعمائة بالهلاك بخلاف ما إذا كان من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفياً للكل بالعبد ولا يؤدي إلى الربا بالاختلاف الجنس بخلاف المسألة الأولى لأنا لو جلعناه مستوفياً للألف بمائة يؤدي إلى الربا فجعلناه مستوفياً تسعمائة بالعبد الهالك وهو المقتول والمائة بالمائة. قال رحمه الله: **(ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة)** أي لو باع المرتهن العبد الذي يساوي ألفاً بمائة بأمر الراهن وكان رهناً بألف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء لحقه ورجع على الراهن بتسعمائة لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأنه الرهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان كذلك بطل الرهن وبقي الدين إلا بقدر ما استوفاه فكذا هنا. هذا فيما إذا نقصت قيمته بتغيير السعر فجنى عليه، وأما إذا زاد ثلث قيمته بتغيير السعر فجنى عليه أو مات بالسراية أو جنى المرهونة ولدها أو أعور المرهون أو زال عوره فجنى عليه فنذكر ذلك تتميماً للفائدة. قال في المبسوط: عبد مرهون صارت قيمته ألفين فصار كما لو غصبه غاصب يضمن ألفين فكذا هذا، فإن أدى ألفاً وتوى ألف كان المرتهن أولى بها لأن القيمة الأصلية كانت ألفاً ثم زادت ألفاً أخرى فكانت هذه الألف الزائدة تبعاً للألف الأصلية حيث وجدت بسبب وجودها، فإذا ورد الهلاك يصرف إلى التابع لا إلى الأصل وإلى التابع جميعاً لأن فيه إلحاق التابع بالأصل ولا يجوز ذلك، ولا يمكن صرفه إلى الأصل دون التابع لأنه لا يمكن إيفاء التابع دون الأصل، ولأن فيه ترجيح التابع على الأصل وذلك ممتنع فصرفنا الهلاك إلى التابع ضرورة تحقيقاً للتبعية كما في المضاربة يصرف الهلاك إلى الربح. وإن كانت قيمته في الأصل ألفين فما يخرج من قيمته بين الراهن والمرتهن نصفين، وما توى بينهما لأن كل واحد منهما أصل بنفسه، فما توى يتوى على الحقين، وما يخرج يخرج على الحقين. عبد مرهون بألف وقيمته ألف فقتله عبدان فدفعا به فهما جميعاً رهن بألف لأنهما قاما مقام الأول فيكون حكمهما كالأول فتكون جناية أحدهما إلى صاحبه كجناية الأول على نفسه وذلك هدر وغير

....

معتبر، ويجعل التالف كالتالف بلا جناية بآفة سماوية. عبدان رهنا بألف يساوي كل واحد خمسمائة فصار كل واحد يساوي ألفاً ثم قتل أحدهما صاحبه كان الباقي رهناً بسبعمائة وخمسين لأن كل واحد منهما نصفه فارغ ونصفه مشغول في هذه الحالة، ولو كانت قيمة كل واحد منهما ألفاً يوم الارتهان يصير القاتل رهناً بسبعمائة وخمسين فكذا إذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفاً يوم الجناية إذا المعنى يجمعهما لما بينا. ولو قتل كل واحد منهما عبداً فدفع به وقيمة المدفوع قليلة أو كثيرة ثم قتل أحد المدفوعين صاحبه فالحكم فيه كذلك لأنهما قاما مقام الأصلين فكان الأصلين قائمين فازدادت قيمتهما ثم قتل أحدهما صاحبه لأن حكم البدل لا يخالف حكم الأصل. وفي المنتقى: رجل قطع يد أمة انسان قيمتها ألف ثم رهنها المولى بخمسمائة وهي قيمتها فولدت ولداً يساوي خمسمائة ولم تنقصها الولادة شيئاً ثم ماتت من الجناية، فإن شاء المولى حاسب المرتهن فيذهب من الدين بحساب ذلك ولا شيء له على الجاني، وإن شاء أخذ من الجاني قيمتها يوم قطع يدها وهي ألف ويرجع الجاني على المرتهن بقيمتها مقطوعة وذلك خمسمائة لأنها ماتت في ضمان المرتهن فتكون مضمونة عليه لأن رهن المجني عليه يقطع حكم السراية ويرجع المرتهن على الراهن بما ضمن وهو خمسمائة لأن الرهن انتقض في الأم بالهلاك. ويرجع أيضاً عليه بحصة الأم من الدين وذلك خمسمائة ويبقى للمرتهن على الراهن مائتان وخمسون حصة الولد، فإن مات الولد بطل الرهن فيه ورجع المرتهن بهذه المائتين وخمسين على الراهن لأن الدين كله عاد إلى الأم.

ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل رهن رجلاً كراً من شعير وغلاماً وبرذوناً كل واحد يساوي مائة بمائة درهم وقبض المرتهن فأقضم الغلام البرذون الشعير فإن ثلث كل واحد منهم رهن بثلث المائة لأن المائة مقسومة على ثلاثة وقيمتها مستوية فيصيب كل واحد ثلث والثلثان للراهن، فجناية ثلث العبد على الثلث من الرهن هدر لأن جناية الرهن على الرهن مهدرة وجناية ثلثي العبد معتبرة فتكون في عنق العبد لأن جناية عبد الراهن على حق المرتهن فتكون مضمونة عليه فبقي البرذون ثلاثة اتساع المائة وسقط تسعة وهي ثلثها، وفي العبد ثلاثة اتساع المائة وهي ثلثها، وفي الشعير ثلاثة اتساع المائة وهي ثلثها فجناية العبد على تسع واحد هدر لأنه جناية الرهن على الراهن فيلزم التسعان لأن جناية ثلثيه جناية غير الرهن على الرهن فيكون ما بقي ثلاثة اتساع المائة وسقط تسعه، ولو كان البرذون ضرب الغلام ففقأ عينه يذهب نصف ثلث الدين وهو تسع ونصف ثم أقضم الغلام البرذون الشعير فيلزمه أيضاً من جنايته في الشعير تسعان فيكون في العبد ثلاثة اتساع ونصف، وفي البرذون ثلاثة أتساع فيكون جملته ستة أتساع. وفي الجامع مسائله على فصول مختلفة: أحدها في هلاك المرهون بسراية الجناية الواقعة في يد الراهن، والثاني في الجناية على المرهونة وولدها، والثالث في إعوار المرهونة وفي رهن العوار ثم انجلاء البياض. أصله أن رهن المجني عليه يقطع حكم

....

السراية ويبرئ الجاني عن ضمانها كالبيع لأنه تعذر إيجاب ضمان السراية على البائع لأن السراية حصلت في ملك المشتري وتعذر إيجابه على المشتري في الانتهاء فتصير الجناية مخالفة للجناية والنهاية مباينة عن البداية وذلك لا يجوز، والرهن كالبيع لأن المرتهن ملك المرهون عند الهلاك بالدين فيتبدل الملك عند الهلاك فالبراءة عن ضمان السراية إنما تحصل عند الهلاك لا قبله حتى إن الراهن لو أفتك الرهن قبل السراية ثم سرى ضمن الجاني جميع بدل الرهن لا بدل الطرف. قطع يد جارية قيمتها خمسمائة وغرم القاطع لنفسه خمسمائة للراهن حالاً ولا يغرم بالسراية لأن الجاني بالرهن بريء عن ضمان السراية لأنها حصلت في ملك المرتهن فبقي عليه أرش اليد وتجب في ماله حالة كضمان إتلاف المال لأن أطراف العبد ملحقة بالأموال فإتلافها يوجب ضمان المال، والمرتهن بالهلاك يصير مستوفياً لدينه بقدر خمسمائة فسقط ذلك. ولو ماتت بعدما ولدت ولداً يساوي خمسمائة فولدها رهن بمائتين وخمسين فيدفع إلى المرتهن فيكون رهناً في يده مع الولد لأن الدين انقسم على الأم والولد نصفين لاستواء قيمتهما للحال وبقية قيمة الولد خمسمائة إلى وقت الفكاك فتحول نصف الدين إليه وذهب نصفه بذهاب الأم، فإذا ماتت الأم بعدما تحول نصف الدين إلى الولد ظهر أن الدين كان في نصف الجارية عند قضاء واقتضاء وإيفاء واستيفاء، وفي نصفها عقد وديعة وأمانة لأنه ظهر أن نصفها كان مضموناً ونصفها أمانة وعقد الرهن يوجب البراءة عن ضمان السراية، وعقد الأمانة يوجب على القاطع ضمان نصف السراية وذلك خمسمائة وضمان نصف الجناية وهي القطع وذلك مائتان وخمسون فيكون جملته سبعمائة وخمسين. وروي عن محمد رحمه الله تعالى أن خمسمائة من ذلك على عاقلة الجاني مؤجلاً في ثلاث سنين ومائتين وخمسين تجب في ماله لأن خمسمائة ضمان نصف النصف لأنه لم يهدر نصف السراية وضمان النفس تجب على العاقلة مؤجلاً ومائتان وخمسون ضمان المال وضمان المال يجب في ماله حالاً ويدفع مائتين وخمسين إلى المرتهن لأن هذا بدل نصف نفس الجارية ونصفها كان محبوساً في يد المرتهن، وإن كان أمانة فكذلك بدلها يدفع إليه حتى يكون محبوساً عنده مع الولد، فإن هلك المائتان والخمسون في يد المرتهن هلكت بغير شيء لأنها كانت بدلاً كما كانت أمانة في يده وللبدل حكم المبدل فيهلك أمانة، فإن هلك الولد بعد ذلك يرد المرتهن المائتين والخمسين على الراهن والراهن على القاطع لأن الولد لما هلك قبل الفكاك تبين أنا أخطأنا في القسمة حتى قسمنا الدين عليهما نصفين لأنه ظهر أن الدين كله كان بإزاء لازم حين لم يبق وقت الفكاك فقد هلكت الأم بجميع الدين، وظهر أن المرتهن قبض مائتين وخمسين من الرهن بغير حق وظهر أن القاطع كان بريئاً عن السراية كلها، وإنما كان عليه أرش اليد خمسمائة لا غير وقد أخذ منه الراهن مائتين وخمسين بغير حق فيرد ذلك عليه أصلاً أن الدين متى قسم على الأم والولد للحال ينظر؛ إن بقيت قيمته غير منتقصة إلى وقت الفكاك لا تعاد القسمة يوم

....

الفكاك، وإن انتقصت قيمته تعاد القسمة لأنه ظهر الخطأ في القسمة لأنه وجب تقسيم الدين على قيمة الولد يوم الفكاك لأن الأم تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الفكاك لما بينا.

ثم المسائل على أربعة أقسام: الأول رهن جارية بألف تساوي ألفاً فولدت ولداً يساوي خمسمائة فقتلها عبد يساوي ألفاً ثم ذهب عينه يفتكه الراهن بأربعة اتساع الألف لأن العبد دفع بإزاء الأم والولد جميعاً فيقسم العبد المدفوع عليهما باعتبار قيمتهما أثلاثاً لأن قيمة الأم ضعف قيمة الولد، فإذا ذهب عين العبد فقد ذهب نصف بدل الولد ولا يذهب من الدين شيء. الثانية رهن جارية بألف تساوي ألفاً فولدت ولداً قيمته ألف فقتلت الأم جارية قيمتها مائة فدفعت فولدت المدفوعة ولداً يساوي ألفاً ثم اعورت الأم ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين جزءاً، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى يذهب سدس الدين ويفتكه بخمسة أسداس. وجه ظاهر الرواية أن قيمة المدفوعة إنما تعتبر يوم الدفع لأنها إنما دخلت في ضمانه بالدفع وقيمتها يوم الدفع مائة وقد اندفع الدين إلى المقتولة وولدها لاستواء قيمتها فتحول نصف ما في المقتولة من الدين إلى ولدها وبقي نصف الدين فيها، . ثم المدفوعة لما قامت مقام المرهونة تحول ما في المرهونة من الدين وهو خمسمائة على أحد عشر جزءاً لأن قيمة المدفوعة مائة يوم الدفع وقيمة ولدها ألف يوم الفكاك فصار كل مائة سهماً فصار الدين مقسوماً على أحد عشر فصار بإزاء المدفوعة سهم، فإذا اعورت ذهب نصفها فذهب نصف ما بإزائها من الدين وذلك نصف سهم فانكسر الحساب، فأضرب اثنين في أصل نصف الفريضة وذلك أحد عشر فصار اثنين وعشرين بإزاء الولد عشرون جزءاً، وبإزاء الأم جزآن، فإذا صار نصف الدين اثنين وعشرين صار النصف الآخر كذلك فصار الكل أربعة وأربعين جزءاً؛ اثنان وعشرون بإزاء ولد المرهونة، وعشرون بإزاء ولد المدفوعة، وسهمان بإزاء المدفوعة، وسقط سهم بذهاب نصفها بالعور فيبقى ثلاثة وأربعون جزءاً فيفتكه بذلك. ولو لم تعور الأم القاتلة حتى قتلهم جميعاً عبد قيمته ألف فدفع بهم ثم اعور العبد فالراهن يفتكه بخمسة أسهم من ستة وعشرين ما يخص القاتلة سهم ونصف عشر، وما يخص ولدها خمسة لأن العبد المدفوع قام مقامهم وصاروا كأنهم أحياء معنى ولم ينتقص من قيمتهم شيء وإن انتقص سعرهم لأن العبد صار مدفوعاً بألفي درهم ومائة لأنه دفع بهم وقيمتهم ألفان ومائة فانقسم العبد على الألفين ومائة على أحد وعشرين سهماً كل مائة سهم من ذلك بإزاء القاتلة وعشرة بإزاء ولدها وعشرة بإزاء ولد المقتولة، فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من الدين نصفه فذهب نصف بدل كل واحد منهما خمسة أسهم فظهر أنا أخطأنا في القسمة لأنه لم يبق قيمة الولد المقتول إلى يوم الفكاك انتقص خمسمائة فتستأنف القسمة فيقسم الدين على قيمة المقتول يوم الرهن وعلى الباقي من قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك خمسة فيقسم الدين على ستة وعشرين سهماً لأن كل ألف صار على أحد وعشرين جزءاً لما صار العبد على أحد وعشرين

....

جزءاً وقيمة المقتولة ألف فيجعل أحداً وعشرين وقيمة ولدها خمسة فيصير ستة وعشرين أحد وعشرون بإزاء المقتولة وخمسة بإزاء ولدها فتحول ما بإزاء المقتولة إلى القاتلة لأنها قامت مقامهم، ثم المحول إلى القاتلة انقسم عليها وعلى ولدها على تسعة أسهم وعشر سهم لأن قيمة القاتلة يوم الدفع مائة ومائة مثل عشر قيمة المقتول وذلك سهمان وعشر سهم لأن قيمة المقتولة صارت على أحد وعشرين جزءاً فتكون مائة من ذلك سهمان وعشر سهم، وما بقي من قيمة ولدها خمسة أسهم فتصير جملته سبعة أسهم وعشر سهم سهمان وعشر حصة القاتلة، وخمسة أسهم بدل ولدها، فإذا ذهب عين العبد ذهب نصف حصتها وذلك سهم ونصف وعشر سهم من أحد وعشرين فيبقى عشرون غير نصف عشر سهم فيفتكه الراهن بهذا. والثالثة جارية مرهونة بألف وهي قيمتها قطعت يدها جارية قيمتها خمسمائة فدفعت بها ثم ولدت كل واحدة ولداً يساوي خمسمائة فقتلهم جميعاً عبد ودفع بهم فذهب عينه افتكه بسبعة وعشرين من خمسة وأربعين من الدين وإن شئت قلت يفتكه بثلاثة أخماس الدين.

وتخريجه أن القاطعة لما دفعت قامت مقام يد المقطوعة وكان في يد المقطوعة قبل القطع نصف الدين لأن اليد من الآدمي نصفه فيتحول نصف الدين إلى القاطعة، وإن قامت قيمة القاطعة عن خمسمائة لأنها قامت مقام اليد المقطوعة وصار كأن يد المقطوعة قائمة إلا أنه تراجع سعرها وبقي في المقطوعة يدها نصف الدين، فلما ولدت كل واحدة من الجاريتين ولداً يساوي خمسمائة انقسم في كل واحدة منهما من الدين عليهما وعلى ولدهما نصفين لاستواء قيمتهما فصار في كل واحد منهم ربع الدين وذلك مائتان وخمسون، فلما قتلهم جميعاً عبد يساوي ألفاً ودفع بهم قام ربع كل واحد من العبد مقام كل واحد منهم لأن قيمتهم متساوية لأن قيمة كل واحد منهم يوم دفع العبد خمسمائة فصار كأن الأربعة كلهم أحياء ولم ينتقص منهم شيء بدناً وانتقص سعراً، فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من بدل كل واحد منهم نصفه إلا أنه لا يذهب بذهاب نصف بدل كل واحدة من الجاريتين نصف ما بإزائها من الدين فظهر أنا أخطأنا في القسمة لأنه ظهر أنه لم يبق قيمة ولد كل واحدة منهما خمسمائة إلى وقت الفكاك بل بقي قدر مائة وخمسة وعشرين لما ذهب من بدل كل واحد من الولدين نصفه وبقي نصفه وهو مائة وخمسة وعشرون فتستأنف القسمة فيقسم جميع الدين على قيمة الجارية المقطوعة يوم الرهن وذلك ألف وعلى قيمة ولدها ويوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون فيجعل أقل المالين وهو خمسة وعشرون سهماً فصارت قيمة الجارية ثمانية أسهم وقيمة ولدها سهم فصارت تسعة، فيجعل الدين على تسعة أسهم فيصير بإزاء الولد سهم بإزاء الأم وهي ثمانية اتساع الدين، ثم تقسم ثمانية اتساع الدين على المقطوعة والقاطعة نصفين ثم يقسم نصف القاطعة وذلك أربعة اتساع الدين على قيمتها وهي خمسمائة يوم الرهن وعلى قيمة بدل ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون سهماً وقسمة أربعة على خمسة لا يستقيم

....

فاضرب أصل فريضة المقطوعة وولدها وذلك تسعة في خمسة فيصير خمسة وأربعين للمقطوعة أربعون ولولدها خمسة، ثم تحول نصف أربعين إلى القاطعة وهو عشرون ثم تقسم عشرون على القاطعة وولدها على خمسة أسهم بإزاء ولدها وذلك أربعة وأربعة أخماسه بإزاء القاطعة وذلك ستة عشر، فإذا ذهب عين العبد فقد ذهب من كل واحد منهما نصفه وكان بإزاء المقطوعة عشرون سهماً من الدين فسقط عشرة، وكان بإزاء القاطعة ستة عشر فسقط ثمانية وكان الساقط من الدين ثمانية عشر والباقي سبعة وعشرون فيفتك العبد بذلك وثمانية عشر خمساً جميع الدين كل خمس تسعة من خمسة وأربعين وسبعة وعشرين ثلاثة أخماسه. والرابعة جارية مرهونة بألف هي قيمتها فولدت ولداً يساوي ألفاً ثم قتلت الأم جارية تساوي مائة فدفعت ثم ولدت المدفوعة ولداً يساوي ألفاً ثم قتلت المدفوعة جارية قيمتها ألف فدفعت بهم فولدت ولداً يساوي ألفاً ثم ماتت الأم قسم الدين على أحد وثلاثين، فما أصاب عشرة فهو بحصة الولد الأول من الولد الحي يؤديه الراهن، وما أصاب أحداً وعشرين قسم على اثني عشر وعشر سهم فما أصاب عشرة فهو حصة الولد الثاني يؤديه الراهن، وما أصاب سهماً وعشراً بطل عن الراهن نصفه وأدى نصفه، وتخريجه أن الدين يقسم على المقتولة الأولى وولدها نصفين لاستواء قيمتهما وعلى ولدها أحد عشر لأن قيمة القاتلة مائة وقيمة ولدها ألف كل مائة سهم، وإذا صار نصف دين القاتلة على أحد عشر صار نصف دين ولد المقتولة كذلك فصار كل الدين اثنين وعشرين سهماً، ثم القاتلة الثانية لما قتلت القاتلة الأولى وولديهما فقد قام مقامهم وقيمتهم ألفان ومائة قيمة كل واحد ألف وقيمة القاتلة الأولى مائة فجعلنا كل مائة سهماً فصارت إحدى وعشرين سهماً فصارت قاتلة الثانية إحدى وعشرين سهماً بدل كل الولدين عشرة أسهم وبدل أسهامهم، ثم يجعل ولد القاتلة الثانية على أحد وعشرين سهماً فالأم لاستواء قيمتهما لأن ولدها متولد عن بدل الأشخاص الثلاثة والمتفرع والمتولد عن ملك إنسان يكون ملكاً له فصار بدل كل واحد من الولدين عشرين جزءاً عشرة من القاتلة الأخيرة وعشرة من ولدها وبدل أمها سهمان، فإذا ماتت القاتلة الثانية فقد ذهب نصف بدلهم، فإذا ذهب نصف بدل الولدين ظهر أنا أخطأنا في القسمة فتستأنف القسمة فيقسم الدين مستأنفاً على قيمة المقتولة الأولى وعلى ألف يوم الرهن صارت منقسمة على أحد وعشرين سهماً وعلى قيمة ما بقي من بدل ولدها يوم الفكاك وذلك عشرة فيكون مبلغ جميعه أحد وثلاثين سهماً؛ عشرة حصة الولد، وأحد وعشرون حصة الأم، ثم تقسم حصة المقتولة الأولى على قيمة القاتلة الأولى وعلى قيمة ولدها على اثني عشر سهماً وعشر سهم قيمة القاتلة الأولى مائة وقيمة المقتولة الأولى صار على أحد وعشرين سهماً فعشر منها يكون سهمان وعشر سهم وبدل ولدها من القاتلة الأخيرة عشرة أسهم من أحد وعشرين سهماً فلذا يقسم دين القاتلة الأولى عليها وعلى ولدها على اثني عشر سهماً وعشر سهمان وعشر حصة القاتلة وعشرة

قيمته مائة فدفعه به افتكه بكل الدين وإن مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين فإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمر ببيعه.

أسهم حصة ولدها، ثم يقسم حصة القاتلة الأولى وهي سهمان وعشر سهم على بدلها وهو جزآن أحدهما في القاتلة الأخيرة وعلى ولدها على السواء، وإذا كانت جارية بإحدى عينيها بياض مرهونة بألف وهي قيمتها فذهبت العين الأخرى وصارت تساوي مائتين ذهب من الدين أربعة أخماسه، فإن ذهب البياض عن العين الأولى لم يعد شيء من الدين لأنها زيادة متصلة حدثت بعد الرهن فلا تكون مضمونة فإن ضرب رجل هذه العين فصارت بيضاء غرم ثمانمائة ويفتك الراهن الجارية الأرش بخمسة اتساع الدين، فإن عميت الجارية بعد ذلك بأن ذهبت العين التي كانت صحيحة بعد الرهن فالعمى يوجب نقصان ثمان مائة من قيمتها وقد ذهب عن أربعة أخماسها فذهب أربعة أخماس الدين ويبقى خمسة ويبقى أيضاً حصة الأرش أربعة أخماس الدين كذلك الباقي من الدين خمسة أسهم من تسعة فيفتك الرهن خمسة اتساع. رجل رهن جارية بأحد عينيها بياض قيمتها ألف بألف فذهب البياض وصارت قيمتها ألفين ثم ابيضت الصحيحة وعادت قيمتها إلى ألف فعند أبي يوسف ومحمد ينظر إلى ما كان ينقص هذا البياض، ولو كان البياض على حاله فإن نقص أربعة أخماس القيمة بطل أربعة أخماس الدين وبيان تعليل كل المسائل ينظر في المبسوط.

قال رحمه الله: **(فإن قتله عبد قيمته مائة فدفعه به افتكه بكل الدين)** وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء دفع العبد المدفوع إلى المرتهن بدينه ولاشيء عليه غيره. وقال زفر: يصير رهناً بمائة وسقط من الدين بقدر الغاية. قلنا إن العبد الثاني قام مقام الأول لحماً ودماً ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر لا ينقص الدين وهي على الخلاف. ولمحمد أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالبيع والمغصوب إذا كان قيمة كل واحد منهما ألف وقتل كل واحد منهما عبداً قيمته مائة أن كل واحد من المشتري والمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ القاتل ولا شيء له غيره، وإن شاء فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمة العبد، ولهما أن التغيير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً لا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه، وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبداً يساوي مائة فدفع به. قال رحمه الله: **(وإن مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين)** لأن الوصي قائم مقام الموصي وكان له أن يبيع الرهن فكذا الوصية. قال رحمه الله: **(فإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمر ببيعه)** وفعل ذلك إلى القاضي لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين، إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم وقد تعين النظر في نصيب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره، ولو كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز

فصل

رهن عصيراً قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن بعشرة

وللآخر أن يردوه لأنه إيثار لبعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبهه الإيثار بالإيفاء الحقيقي، والجامع ما في كل واحد منهما من إبطال حق غيره من الغرماء ألا ترى أن الميت بنفسه لا يملك ذلك بمرض موته فكذا من قام مقامه. وإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع ووصول حقهم، ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي وبيع في دينه لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده، وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لأنه استيفاء فيملكه وله أن يبيعه والله أعلم.

فصل

هذا الفصل بمنزلة المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذا أخره استدراكاً لما فاته فيما سبق. قال رحمه الله: **(رهن عصيراً قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن بعشرة)** يعني إذا رهن عند مسلم عصيراً إلى آخرها قالوا: ما كان محلاً للبيع بقاء يكون محلاً للرهن بقاء كما أن ما يكون محلاً للبيع ابتداء يكون محلاً للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء وإن لم يكن محلاً له ابتداء.، أقول: لقائل أن يقول لو كان مدار مسألتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلاً في وضع مسألة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيراً بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في إثبات هذا المعنى العام فتأمل. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل؟ وقال: ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً وههنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فكذلك تخلف عن ذلك الأصل ا هـ. أقول: قوله: «ثم تخلل وهي تساوي عشرة» يشير إلى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر القدر لأن العصير والخل من المقدرات لأنه إما مكيل أو موزون وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من ذلك الدين كما مر في انكسار القلب، وإنما يوجب الخيار على ما ذكرنا لأن الغاية فيه مجرد الوصف وفوات كل شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين بإجماع بين أصحابنا فيكون الحكم فيه أنه إن نقص شيء من القدر سقط بقدره شيء من الدين وإلا فلا. وأشار بقوله «ثم تخلل» إلى أن المرهون عنده مسلم والراهن فلو كان ذمياً قال في المبسوط: رهن ذمي من ذمي خمراً فصارت خلاً لا ينقص من قيمته بقدره ويبقى رهناً لأن بالتغيير من وصف المرارة إلى الحموضة نقصت المالية عندهم ومقومها مع بقاء العين بحالها وبتبدل الصفة لا يبطل الرهن كما لو كان الرهن قلباً فانكسر وبقي الوزن على حاله، ثم عندهما يتخير الراهن إن شاء افتكه بجميع الدين وأخذه، وإن شاء ضمنه خمراً مثل خمره فيصير

....

الخل ملكاً للمرتهن. وعند محمد رحمه الله تعالى إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء جعله بالدين كما في مسئلة القلب إذا انكسر كما مر بيانه. وقيدنا بقولنا «رهن مسلم عصيراً» لأن رهن الكافر الخمر عند مسلم أو رهن المسلم الخمر عند كافر باطل قال: ارتهن المسلم من كافر خمراً فصار خلاً في الرهن باطل ويكون الخل أمانة في يده للراهن وهو بالخيار إن شاء أخذه قضاء دينه، وإن شاء يدع الخل بدينه إن كانت قيمة الخل يوم الرهن كالدين لأن المسلم يجوز أن يضمن الخمر بالرهن لأنه سبب ضمان والمضمون متى نصب في يد الضمين يخير من له الضمان كما لو غصب المسلم خمراً من ذمي فصارت خلاً في يده يخير الذمي لأن الخمر عند أهل الذمة يصلح لمنافع ما لا يصلح له الخل ولا وجه فصار الخمر كالهالك من وجه، وليس له أن يضمن المرتهن خمراً مثل خمره لأن المسلم منهي عن تمليك الخمر ولا وجه أن يترك الخل عليه ويضمن النقصان لأنه يؤدي إلى الربا ولا وجه أن يأخذ الخل ويضمن الدين كله لأنه يتضرر به فقلنا بأنه يجعله بالدين ليدفع الضرر عنه وليس فيه ضرر على المرتهن فكذا هذا، فإذا وجبت قيمة الخمر للراهن على المرتهن فله عليه مثل ذلك فيلتقيان قصاصاً. ولو ارتهن الكافر خمراً من مسلم لا يجوز ويكون أمانة في يد المرتهن لأن الخمر لا يصير مضموناً على الكافر المسلم وإن قبضها بجهة الضمان كما في الغصب والإتلاف. ارتهن مسلم من مسلم عصيراً فصار خمراً فللمرتهن تخليلها وتكون رهناً، ويبطل من الدين بحساب ما نقص يعني من الكيل والوزن بقذف الزبد لأن من التخليل إحياء حق المرتهن وإصلاح الفاسد فله ذلك، وفي إبقاء العقد بعد التخمير فائدة لجواز التخليل فيبقى كالعصير إذا تخمر قبل القبض يبقى البيع فكذا هذا، والدين يسقط بانتقاص الرهن لأنه احتبس عنده بعض الرهن ولا ينقص بانتقاص القيمة كما إذا تغير السعر وقيدنا بذكر العصير في المسلم قال وإن كان الراهن كافراً يأخذ الخمر والدين عليه وليس للمرتهن أن يخلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خلل ورجع بدينه بخلاف ما لو كان الراهن مسلماً فخللها لم يضمن. والفرق أن هناك لا ضرر على الراهن في إبقاء عقد الرهن إلى ما بعد التخمير بل له فيه منفعة لأن ماله يصير متقوماً بالتخليل ولم يصر المرتهن متلفاً لماله بل إضرار بالراهن لأن لأهل الذمة رغائب في الخمر ما ليس مثلها في العصير وهو لم يرضى بكون الخمر رهناً، فلو بقينا عقد الرهن بعد تغيير ملكه في حقه يؤدي إلى الضرر به لأن الخمر بالعصير جنسان مختلفان في حق أهل الذمة وهو لم يعقد الرهن على الخمر وإنما عقد على العصير فلا يبقى العقد فيكون للراهن أخذ الخمر من المرتهن، فإن خللها يضمن قيمتها لأنه أتلف الخمر بالتخليل على الذمي لما بينا والله أعلم. رهن ذمي من ذمي جلد ميتة فدبغه المرتهن لم يكن رهناً وأخذه الراهن وأعطاه أجرة الدباغة إن كان له قيمة لأن جلد الميتة ليس بمال عند أحد فلم ينعقد العقد لفوات المحل فلا يعود جائزاً بحدوث المحلية من بعد كما لو رهن من مسلم خمراً فصارت خلاً فإذا دبغه بشيء له قيمة بقي أثره في الجلد فيكون له على صاحب الجلد قيمة ما زاد الدباغ فيه كمن صبغ ثوب انسان

ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهماً فهو رهن

بصبغة فصاحب الثوب يأخذه بقيمة ما زاد الصبغ فيه فكذا هذا. رهن ذمي من ذمي خمراً ثم أسلم لم يبق رهناً أي لم يبق مضموناً، فإن خللها وتخللت فهي رهن لأن الخمر لا تصلح أن تكون مضمونة لمعنى يتوهم زواله، فإذا زال العارض بأن صارت خلاً يكون رهناً على حاله لأن في إبقاء الرهن فائدة وينبغي أن يكون للمرتهن ولاية الحبس للتخلل.

قال رحمه الله: **(ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهماً فهو رهن بدرهم)** لأن الرهن يتعذر بالهلاك وإذا أحيا بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لأن البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود صحيحاً، وأما الرهن فيتعذر بالهلاك، ومن المشايخ من يقول بعود البيع. وقوله «وهو يساوي درهماً» ظاهره أنه يعتبر في القيمة حال الدباغ، وكذا قوله «فهو رهن بدرهم» قالوا: هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً، وإن كانت قيمته يوم الرهن درهمين كان الجلد رهناً بدرهمين ويعرف ذلك بالتقويم وأن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد. هذا إذا كانت الشاة كلها مضمونة، وإن كان بعضها أمانة بأن كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضاً بعضه أمانة بحسابه فيكون رهناً بحصته من الدين قالوا: هذا إذا دبغه المرتهن بشيء لا قيمة له، وإن دبغه بشيء له قيمة كان للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشيء له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى إذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه، وليس له أن يحبسه بالدين لأنه لما حبسه بالدين الثاني فصار به محبوساً حكماً خرج من أن يكون رهناً بالأول حكماً كما إذا رهنه حقيقة بأن رهن الرهن بدين آخر غير ما كان محبوساً به فإنه يخرج عن الأول ويكون رهناً بالثاني فكذا هذا. وقيل: لا يبطل لأن الشيء إنما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا يبطل بما هو دونه كالمبيع بألف إذا باعه ثانياً منه بأقل أو بأكثر يبطل لأنه مثله ولا يبطل بالإجارة والرهن لأن الثاني دون الأول لأنه إنما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ وتلك المالية تبع للجدل لأنها وصف له والوصف دائماً يتبع الأصل فالرهن الأول رهن بما هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثاني فلم يرتفع الأول بالثاني. قال في المبسوط: وإن كانت قيمتها أكثر من الدين بأن كانت عشرين والدين عشرة ينظر؛ إن كان الجلد يساوي درهماً والباقي تسعة عشر فالجلد رهن بنصف درهم، وإن كانت قيمتها أقل من الدين بأن كانت تساوي خمسة والجلد درهماً واللحم أربعة سقط من الدين أربعة وبقي الجلد رهناً بستة لأن بالهلاك سقط خمسة من الدين مقدار قيمة الرهن وبقي الدين خمسة، فإذا دفع الجلد فقد أحيا خمس الرهن فعاد خمس الدين الذي كان بإزائه وهو درهم وسقط أربعة التي بإزاء اللحم

بدرهم وإنماء الرهن كالولد والتمر واللبن والصوف للراهن وهو رهن مع الأصل ويهلك مجاناً وإن هلك الأصل وبقي النماء فك بحصته ويقسم الدين على قيمته يوم

لأنه لم يزل التوى عن اللحم وكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد مرهوناً بستة مضموناً بدرهم لأن كل جزء من أجزاء الشاة مرهون بجميع الدين مضمون بمقدار قيمته فكذا الجلد. هذا إذا دبغ بشيء لا قيمة له، فإن دبغ بشيء له قيمة فإنه يستحق المرتهن الحبس بما زاد الدباغ فيه كالغصب، فإذا استحق الحبس بدين آخر حادث هل يبطل الرهن الأول؟ قال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى: لقائل أن يقول يبطل الرهن الأول في حق الجلد ويصير الجلد رهناً بما زاد الدباغ فيه كما لو رهن الراهن هذه العين بدين حادث، ولقائل أن يقول يبقى الرهن الأول ويصير محبوساً بقيمة الدباغ حتى لا يكون للراهن أن يفتكه ما لم يرد ما بإزائه من الدين وقيمة الدباغ. قال في المنتقى: روى هشام عن محمد: رهن أجنبي بدين آخر وهو ألف عبداً بغير أمر المطلوب ثم أجنبي آخر رهنه عبداً آخر بغير أمر المطلوب فهو جائز والأول رهن بألف والثاني رهن بخمسمائة لأن الأول تبع بالرهن ولا رهن بالدين فيكون رهناً بجميع الدين، والثاني رهن وبالدين رهن فلا يصير رهناً إلا بخمسمائة. وذكر الحسن عن أبي حنيفة: إذا أبق العبد الرهن ثم وجد بطل من الدين بقدر نقصان الآبق لأنه بالإباق صار معيباً فإنه لا يشتري بعد الإباق بمثل ما يشتري قبله قال رحمه الله: (**وإنماء الرهن كالولد والتمر واللبن والصوف للراهن**) لأنه متولد من ملكه. قال رحمه الله: (**وهو رهن مع الأصل**) وهو تبع له والرهن حق متأكد لازم يسري إلى الولد ألا ترى أن الراهن لا يملك به إبطاله بخلاف ولد الجارية حيث لا يسري حكم الجناية إلى الولد ولا يتبع أمه فيه لأنه فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء بخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصي بخدمتها لأن المستأجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق يثبت في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب إثبات اليد العادية بإزالة اليد المحققة وهو معدوم في الولد ولا يمكن إثباته فيه تبعاً لأنه فعل حسي والتبعية لا تجري في الأوصاف الشرعية، وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منفعة الأم والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعاً، وبعده لا ينقلب موجباً أيضاً بعد أن انعقد غير موجب. قال رحمه الله: (**ويهلك مجاناً**) أي إذا هلك النماء يهلك مجاناً بغير شيء لأن الاتباع لا قسط لها مما يتقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً. قال رحمه الله: (**وإن هلك الأصل وبقي النماء فك بحصته**) يعني إذا هلك الأصل وهو الرهن وبقي النماء وهو الولد يفتك الولد بحصته من الدين لأنه صار مقصوداً بالفكاك. والنماء إذا صار مقصوداً بالفكاك يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصوداً بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت الأم قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري أن يأخذه بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض

الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الأصل وفك النماء بحصته

لا يسقط شيء من الثمن. قال رحمه الله: **(ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الأصل وفك النماء بحصته)** لأن الولد صار له حصة بالفكاك والأم دخلت في الضمان من وقت القبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره، ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك أمه قبل الفكاك هلك بغير شيء فيعلم بذلك أنه لا يقابله شيء من الدين إلا عند الفكاك. ولو أذن الراهن للمرتهن في أكل زوائد الرهن بأن قال مهما زاد فكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الرهن لأنه أتلفه بإذن الراهن وهذه إباحة والإطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك، وإن لم يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التي أكلها المرتهن وعليه قيمة الأصل، فما أصاب الأصل سقط، وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لأن الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه ويكون مضموناً عليه فكان له الدين؛ هكذا ذكره في الهداية والكافي. وفي فتاوى قاضيخان والمحيط وعزاه إلى الجامع: ولو نقصت قيمة الأم بتغير السعر فصارت تساوي خمسمائة أو زادت فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفاً فالدين بينهما نصفان ولا يتغير عما كان، وإن كانت الأم على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو بتغير السعر فصارت خمسمائة فالدين بينهما أثلاثاً ثلثان في الأم والثلث في الولد، ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي ألفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الأم حتى لو هلكت الأم بقي الولد بثلثي الدين. ولو ولدت الأم ولداً وقيمتهما سواء ثم اعورت الأم بعد الولادة أو قبلها ذهب من الدين ربعه وهو مائتان وخمسون لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فيذهب نصف ما كان فيها من الدين. وفي المنتقى: رهن أرضاً ونخلاً بدين قيمة كل واحد خمسمائة فاحترق النخل ونبت في الأرض نخل آخر يساوي خمسمائة قال: يذهب من الدين نصفه باحتراق النخل وما نبت فهو زيادة في الأرض بمنزلة رجل رهن أمتين فماتت إحداهما ثم ولدت الباقية جارية بألف فقتلتها أمة تساوي مائة فدفعت بها ثم ولدت ولداً يساوي ألفاً فالدين بينهما نصفان لأن الأمة الأولى على حالها والزيادة في الرهن حكمها حكم الأصل محبوسة مضمونة كالأصل لأنها تلحق بأصل العقد وصارت كالموجودة في العقد كما في زوائد المبيع. ويقسم الدين على قيمة الأصل يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، فإن كانت قيمة الأصل وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة انقسم الدين عليهما أثلاثاً لأن الضمان إنما يجب بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما يوم القبض، فإن نقص الرهن في يده ثم زاد آخر قسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وقيمة الزيادة يوم قبضت مثاله: إذا رهن عبداً يساوي ألفاً بألف فاعور ثم زاده رهناً آخر قسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وهو العبد الأعور وعلى قيمة العبد الزائد أثلاثاً، ثلثه بإزاء العبد القديم وثلثاه بإزاء العبد الزائد بخلاف ما إذا ولدت

....

الأمة المرهونة بعدما اعورت ولداً يساوي ألفاً فإنه يقسم الدين على قيمتها يوم القبض وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين، ثم ما أصاب الأم سقط نصفه بالاعورار فبقي الأم والولد بثلاثة أرباع الدين. والفرق أن ثمنية الولد تتفرع عنها فيسري إليه حكم الأصل تبعاً كأن الولد متصلاً بها فيعتبر في القسمة قيمة الأم يوم القبض لأن التحكم في الزيادة ثبت أصلاً لا بطريق السعاية والتبعية فيعتبر في القسمة قدر الباقي من الدين وقت الزيادة، وكذلك لو قضى الراهن المرتهن خمسمائة فتكون الزيادة رهناً بثلثي خمسمائة في النصف الباقي من العبد القديم. وفي المنتقى: رجل رهن عند رجل ديناراً بعشرة دراهم ثم زاده الراهن ديناراً آخر وزاده المرتهن خمسة دراهم على أن يكون الديناران رهناً بالخمسة عشر لأنهما جعلاهما كذلك. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: الدينار الأول وثلثا الدينار الثاني يكون رهناً بالعشرة الأولى ويكون ثلث الدينار الثاني رهناً بنصف الخمسة ويكون نصفه الثاني ديناً عليه بلا رهن لأن عنده الزيادة في دين الرهن غير جائزة فتكون الزيادة في الدين ابتداء إيجاباً للدين فلا يكون الدينار الأول رهناً بالخمسة الزائدة، ويكون قد جعلا الدينار الزائد رهناً بالعشرة الأولى والخمسة الزائدة فصار ثلثا الدينار الأول وثلث الدينار الثاني ولم يصح رهن ثلث الدينار الأول بها فصح الرهن في نصفها وبطل في نصفها. الزيادات: أصله أن الدين يقسم على الأمة المرهونة وولدها المولود في الرهن بشرط بقاء الولد إلى وقت الفكاك لأن الولد وإن صار مرهوناً ولكن لا يسقط له من الدين شيء ما لم يصر مقصوداً، وإنما يصير مقصوداً وقت الفكاك لأنه يرد عليه القبض الذي له شبهة بالعقد. مسائله على فصول: أحدها في الأمة المرهونة إذا ولدت ثم زيد في الرهن. والثاني في إحدى الأمتين المرهونتين إذا ولدتا ثم زيد في الرهن. والثالث في الجارية المرهونة إذا اعورت ثم زيد في الرهن. ولو رهن جارية بألف تساوي ألفاً فولدت ما يساوي ألفا ثم ماتت الأمة فزاد الرهن ولداً يساوي ألفاً افتكهما من المرتهن بنصف الدين لأن الدين انقسم عليهما نصفين لاستوائهما في القيمة، ثم حصة الأم وهي خمسمائة قد سقطت بهلاكها وصار الولد أصلاً في الرهن بشرط بقائه إلى وقت الفكاك فدخلت الزيادة عليه وانقسمت الخمسمائة الباقية على العبد الزائد والولد نصفين، وإن مات الولد استرد العبد بلا شيء لأنه لما هلك الولد صار كأنه لم يملك أصلاً فتبين أنه لا قسط له من الدين لأنه لم يبق إلى وقت الفكاك فتبين أن كل الدين ساقط بهلاك الأم وأنه زاد العبد وليس هناك دين قائم فكانت الزيادة باطلة فكان له أن يسترده بغير شيء، ولو لم يمت ولكنه زاد حتى صار يساوي ألفين يفتك الأول والعبد بثلثي الدين لأن في انقسام الدين إنما تعتبر قيمة الولد وقت الفكاك وقيمة الأم وقت العقد ألف فانقسم الدين أثلاثاً فسقط ثلثه بهلاك الأم وبقي ثلثاه تبعاً للولد. ولو نقص فصار يساوي خمسمائة افتكه بثلث الدين لأنه تبين أنه سقط بهلاك الأم ثلثا الدين انقسم عليهما أثلاثاً ثلثه بإزاء الولد لأن قيمته يوم الفكاك ثلث

....

قيمة الأم وقت العقد، ولو نمت الأم وزاد العبد ففيه نصف الدين وفي الأم وولدها نصفه لأن الجارية لما كانت قائمة كان الولد تبعاً لها في الرهن فما لم يظهر نصيب الأصل لا يعتبر التبع في الانقسام لأن التبع يدخل مع الأصل في الانقسام فانقسم الدين على الجارية وعلى العبد الزائد نصفين بخلاف ما إذا ماتت الجارية ثم زيد الولد لأن الولد صار أصلاً في الرهن بفوات الأصل لأن اتباع القائم للهلاك لا يتصور فلا بد من أن يجعل أصلاً فاعتبرناه في الانقسام أصلاً فانقسم ما بقي من الدين على الولد والعبد الزيادة. رهن جارية تساوي ألفاً بألف فقضاه من الدين خمسمائة ثم زاد عبداً يساوي ألفاً فالعبد رهن بثلثي الخمسمائة الباقية لأن الزيادة في الرهن إنما تصح في حق القائم من الدين دون الساقط لأن الرهن استيفاء وإيفاء الساقط والمتوفى لا يتصور، والقائم من الدين خمسمائة فيقسم على قيمة العبد وعلى نصف قيمة الجارية لأن نصفها بقي مشغولاً بالخمسمائة المستوفاة مضموناً بها، فإن استيفاء الدين لا يخرج الرهن من أن يكون مضموناً حتى لو هلك الرهن في يد المرتهن يسترد الراهن المستوفي فانقسمت الخمسمائة الباقية أثلاثاً ثلثاه في العبد الزيادة، فإن وجد المرتهن ما اقتضاه ستوقة فالعبد والجارية رهن بألف لأن الستوقة ليست من جنس حقه فبقبضها لا يصير مقتضياً ومستوفياً فتبين أن جميع الدين كان قائماً حتى زاده العبد، وإن وجده زيوفاً أو مستحقاً فرده فالجارية رهن بألف والعبد رهن معها بخمسمائة، وليس للراهن أخذ الجارية بخمسمائة حتى يؤدي الألف، وإن أدى خمسمائة فله أن يأخذ العبد لأن الزيوف من جنس حقه إلا أن به عيباً ووجود العيب لا يبدل جنسه كما في الصرف والسلم فصار مقتضياً ومستوفياً لا مستبدلاً، فحين زاد العبد كان القائم من الدين خمسمائة فصار العبد زيادة قيمة فانقسمت الخمسمائة عليها، والرد بعيب الزيادة ينقص القبض من الأصل ولكن لم يتبين أنه لم يكن قابضاً ألا ترى أن عتق المكاتب لا يبطل برد المولى المال بعيب الزيافة فلهذا كان العبد زيادة في الخمسمائة خاصة. رهن جاريتين بألف تساوي كل واحدة ألفاً وزاده عبد فولدت إحداهما ولداً يساوي ألفاً ثم ماتت الأم ثم مات العبد يموت بخمسمائة وخمسة وعشرون لأن نصف الألف يسقط بهلاك إحدى الجاريتين لأن قيمتها ألف وذلك لأن الألف انقسم عليها وعلى ولدها نصفين فسقط بهلاكها حصتها وهي خمسمائة وبقي الولد بخمسمائة، وفي الجارية الباقية ألف والعبد الزائد يدخل ثلثاه مع الجارية الباقية وثلثه مع الولد لأن الولد صار أصلاً لفوات متبوعه فدخل في الخمسمائة التي في الولد فيقسم ذلك على قيمة الولد وهي ألف وعلى ثلث قيمة العبد وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فاجعل هذا القدر بينهما فتكون قيمة الولد ثلاثة أسهم، وانقسمت الخمسمائة أرباعاً ربعها في ثلث العبد الزائد وثلاثة أرباعها في الولد. وأما الألف التي في الجارية الباقي انقسمت على قيمتها وهي ألف وعلى قيمة ثلثي العبد الزيادة وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فاجعل التفاوت بين الأقل والأكثر بينهما وذلك ثلاثمائة

....

وثلاثة وثلاثون وثلث فصار ثلثا العبد الزائد سهمان والجارية الباقية ثلاثة أسهم فيكون كله خمسة أسهم فانقسمت الألف عليهما أخماساً وذلك أربعمائة في ثلثي العبد الزائد وثلاثة أخماسه وذلك ستمائة في الجارية الباقية فصار جملة ما في العبد خمسمائة وخمسة وعشرون. ولو لم يمت العبد ومات الولد فالعبد والأمة الباقية بالألف لأنه لما مات الولد صار كأنه لم يكن وتبين أنه سقط بموت أمه ما كان فيها وذلك ألف وبقي العبد الزائد مع الجارية الباقية رهناً بألف، ولو لم يمت الولد وماتت الجارية الباقية تموت بستمائة لأن قيمتها ستمائة، وإن مات العبد بعدها يموت بخمسمائة وخمسة وعشرين لأن ذلك قيمته، وإن لم يمت إلا الجارية الأولى وبلغت قيمة الولد ألفين فإنهم جميعاً بألفين وثلث ألف لأنه يعتبر في الانقسام قيمة الولد يوم الفكاك ويبقى ألفان فانقسم ما كان في أمه على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الفكاك أثلاثاً سقط بموت أمه ثلثاه وذلك ألف بقي ألف وثلث ألف فصاروا رهناً بما بقي، فإن مات العبد مات بأربعمائة وستة وتسعين وتسع لأن العبد كان زيادة في القائم من الدين فدخل على الولد والجارية القائمة أخماساً خمساه مع الولد وقيمة ذلك أربعمائة وثلاثة أخماسه مع الجارية وقيمة ذلك ستمائة، ثم انقسم ما في الولد وذلك ثلثا الألف على قيمة الولد وهي ألفان وعلى خمسي العبد الزائد وذلك أربعمائة فاجعل مقداره أربعمائة سهم فصار قيمة الولد خمسة أسهم فانقسم ذلك بينهما أسداساً سدسه وهو مائة واحد عشر درهماً وتسع في خمس العبد وخمسة أسداسه وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع حصة الولد، وانقسم ما في الجارية الباقية على قيمتها وهي ألف وعلى قيمة ثلاثة أخماس العبد وذلك ستمائة فاجعل كل مائتين سهماً فصارت الجارية الباقية خمسة أسهم وثلاثة أخماس العبد ثلاثة أسهم فصار كله ثمانية أسهم يكون لكل سهم مائة وخمسة وعشرون وتسع يكون أربعمائة وستة وثمانين وتسعاً. فإن ماتت الجارية فحصل في ثلاثة أخماس العبد ثلاثمائة وخمسة وسبعون إذا ضممته إلى مائة وإحدى وعشرين وتسع يكون أربعمائة وستة وثمانين وتسع، فإن ماتت الجارية والعبد بقي الولد بخمسمائة وخمسة وخمسين وخمسة أتساع لأن ذلك حصته من الدينين، وإن ماتت الجارية ماتت بخمسمائة وستة وعشرين. وفي المبسوط: أصله أن الولد الحادث والمرهونة بعد العور يجعلان كالموجود قبل العور حتى يعود بسببه بعض ما كان ساقطاً من الدين ومسائله على أنواع: أحدها في الزيادة بعد العور. والثاني في الزيادة بعد قضاء بعض المال. الأول: رهن جارية تساوي ألفاً بألف فاعورت فزاد الراهن جارية تساوي خمسمائة فولدت الجارية العوراء ولداً يساوي ألفاً ثم ماتت الجارية الزائدة يفتك الجارية العوراء وولدها بتسعة وثلاثين جزءاً من ثمانين جزءاً ونذهب الجارية الزائدة بأحد وعشرين من ثمانين لأنه جعل هذا الولد الحادث بعد الاعورار كالحادث قبل الاعورار فانقسم جميع الدين عليهما نصفين، فلما اعورت سقط بالاعورار نصف ما فيها وذلك مائتان وخمسون وبقي

وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين ومن رهن عبد بألف فدفع عبد آخر رهنا مكان الأول وقيمة

سبعمائة وخمسون، وهذا معنى قوله «يعود بعدما سقط» فلما زادت زيادة تساوي خمسمائة صارت هذه الزيادة في القائم من الدين فانقسمت الجارية الزائدة أثلاثاً ثلث صار مضموماً إلى نصف الولد، وثلث صار مضموماً إلى العوراء، ثم باقي نصف الولد وهو مائتان وخمسون انقسم على قيمة الولد وثلث الزائدة، الوجده الثاني لو لم تعور الجارية وقضى الراهن خمسمائة ثم زاد جارية تساوي خمسمائة ثم ولدت الجارية الأولى ولدا يساوي ألفا فالجارية الزائدة رهن بمائتين وخمسين لا تزيد ولا تنقص، سواء كانت ولدت بعد الزيادة أو قبلها، والباقي من الدين وذلك خمسمائة يقسم على قيمة الجارية الزائدة وعلى نصف الجارية الأولى فانقسم عليهما نصفين وولدها تبع لها وبيان التعليل يؤخذ من المبسوط. قال رحمه الله: **(وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين)** يعني لو زاد على الرهن رهناً آخر جاز استحساناً خلافاً لزفر، والزيادة في الدين لا تصح عندهما. وقال أبو بوسف رحمه الله تعالى: تجوزالزيادة في الدين أيضاً، ويجوز أن يكون للمرتهن على الراهن دين آخر فيجعل الرهن رهناً بهما. ولأبي يوسف رحمه الله تعالى أن هذه الزيادة تصير بعض الرهن رهناً بالزيادة وهو دين حادث مع بقاء القبض في الأصل وهذا تصرف في الرهن لا في الدين ولهما ولاية التصرف فيكون مشروعاً تصحيحاً لتصرفهما. ولهما أن الراهن تصرف في الرهن لا في الدين، ولو صحت الزيادة في الدين تصير زيادة في الرهن تبعاً فينقلب المتبوع تابعاً وفيه تغيير المشروع وتبديل الموضوع وهو باطل. وفي العناية: ولو قال زدتك هذا العبد مع الأم قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت مع الأم، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيها فلا يبطل الحكم بالزيادة، ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء. وفي العناية أيضاً: ولو قال زدتك هذا رهناً مع الولد جاز العقد ويكون رهناً مع الولد دون الأم فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض، فإن مات بعد الزيادة بطلت لأنه إذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة. والمراد بقوله أن الزيادة في الدين لا تصح أن رهناً لا يكون رهناً بالزيادة. وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعاً، وإذا صحت الزيادة في الرهن ثم قبضت قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الأول يوم قبضه. وظاهر عبارة إطلاق المؤلف زيادة الدين شرط في مقابلتها رهناً أولاً، والمنقول التفصيل قال في المبسوط: رهنه عبداً قيمته ألف بخمسمائة ثم زاده المرتهن بخمسمائة على إن زاده الراهن أمة العبد الرهن بالدين كله فالأمة نصفها رهن مع العبد بخمسمائة عندهما قال أبو يوسف: هما رهن بالألف. رهنه عبداً قيمته

كل ألف فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن من الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول.

خمسمائة بخمسمائة من الدين والدين ألف ثم زاده أمة قيمتها ألف بالألف كله فولدت ولداً قيمته خمسمائة ثم مات العبد والأمة بقي ولدها بثلث الخمسمائة التي كان العبد رهنها بها وبثلث الخمسمائة الأخرى الدين ألف فرهنه أمة بخمسمائة منها قيمتها ألف ثم رهنه بالألف كله أمة تساوي خمسمائة فولدت كل واحدة ولداً قيمته مثل قيمة الأم فالأولى وولدها ونصف الثاني ونصف ولدها رهن بخمسمائة والأمه القديمة، فإن ماتت الأمة الزائدة ذهب ربع الخمسمائة الباقية وخمسون من الخمسمائة الأولى وبقي نصف ولدها رهناً بثلاثة أرباع الخمسمائة الباقية. رجل له على آخر ألف فرهنه بخمسمائة منها أمة تساوي مائتين ثم زاده أمة تساوي ثمان مائة درهم فهما رهن بالمال كله، فولدت كل واحدة ولداً قيمته مثل قيمة أمه ثم ماتت الأولى ذهب من الخمسمائة الأولى ثلثها ومن الخمسمائة الأخيرة خمسها وبيان الدليل والتعليل يطلب من المطولات. قال رحمه الله: **(ومن رهن عبد بألف فدفع عبد آخر رهنا مكان الأول وقيمة كل ألف فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن من الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول)** لأن الأول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا برفعهما، وإذا دخل بقي الأول في ضمانه ولا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضيا بأحدهما، فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه. ثم قيل: يشترط تجديد العقد فيه لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان، وقيل: لا يشترط لأن الراهن تبرع وعينه أمانة على ما عرف وقبض الأمانة ينوب عن قبض الأمانة. ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحساناً خلافاً لزفر وقد مر. وإذا اشترى بالدين عيناً أو صالح من الدين على عين أو حال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين وبطل الشراء والصلح، وإذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق فتكون الجهة باقية. وفي الكافي ذكر شمس الأئمة في المبسوط: إذا تصادقا على أن لا دين بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لأن الدين كان واجباً ظاهراً وظهوره يكفي لضمان الرهن، وأما إذا تصادقا قبله يبقى الدين من الأصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الرهن. وذكر الاسبيجابي أنهما إذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه، والصواب أنه لا يهلك مضموناً. رجل دفع مهر امرأة غيره تطوعاً فطلقت المرأة قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما أدى، وكذا لو اشترى عبداً وتطوع رجل بأداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما أدى عنهما فصار كأدائهما بإذنهما قلنا: أنه إذا قضى بأمرها رجع عليها بما أدى فملكاه بالضمان وهنا لم يملكاه فيبقى على ملك المتطوع والله تعالى أعلم.

تم الجزء الأول من تكملة البحر الرائق ويليه الجزء الثاني والأخير إن شاء الله تعالى

فهرس محتويات

الجزء الأول

من

تكملة البحر الرائق



فهرس المحتويات

كتاب الإجارة

كتاب الإجارة ٣
باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها ١٦
باب الإجارة الفاسدة ٢٨
باب ضمان الأجير ٤٦
باب فسخ الإجارة ٦١

كتاب المكاتب

كتاب المكاتب ٧١
باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز ٨١
باب كتابة العبد المشترك ١٠١
باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ١٠٧

كتاب الولاء

كتاب الولاء ١١٦

كتاب الإكراه

كتاب الإكراه ١٢٧
باب الحجر ١٤١

كتاب المأذون

كتاب المأذون ١٥٥

كتاب الغصب

كتاب الغصب ١٩٦

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة ٢٢٨
باب طلب الشفعة ٢٣٣
باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ٢٤٩
باب ما تبطل فيه الشفعة ٢٥٤

كتاب القسمة

كتاب القسمة ٢٦٧

كتاب المزارعة

كتاب المزارعة ٢٨٩

كتاب المساقاة

كتاب المساقاة ٢٩٨

كتاب الذبائح

كتاب الذبائح ٣٠٥

كتاب الأضحية

كتاب الأضحية ٣١٧

كتاب الكراهية

كتاب الكراهية ٣٣٠
فصل في الأكل والشرب ٣٣٥
فصل في اللبس ٣٤٧
فصل في النظر واللمس ٣٥١
فصل في الاستبراء وغيره ٣٥٩
فصل في البيع ٣٦٥

كتاب إحياء الموات

كتاب إحياء الموات ٣٨٥

كتاب الأشربة

كتاب الأشربة ٣٩٩

كتاب الصيد

كتاب الصيد ٤٠٦

كتاب الرهن

كتاب الرهن ٤٢٧
باب ما يجويز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز ٤٤٥
باب الرهن يوضع على يد عدل ٤٦٨
باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ٤٨٠